



Emmanuel Ruck Vieira Leal

**A boa-fé no direito administrativo: a questão da devolução de salários ou
proventos pagos de forma indevida pelo Estado**

Mestrado em Direito
Ciências Jurídico-Administrativas

Trabalho realizado sob a orientação do
Professor Doutor Colaço Antunes

Julho de 2013

Resumo

O objetivo do presente estudo é trazer ao debate algumas questões relativas à aplicação do princípio da boa-fé no âmbito do direito administrativo, notadamente na utilização do mesmo, como justificativa para não aplicação de texto legal brasileiro, que determina a reposição aos cofres públicos dos valores recebidos indevidamente por servidor público, pensionista ou aposentado do Regime Geral de Previdência Social.

A análise do princípio da boa-fé foi realizada tomando em conta a sua vertente subjetiva e objetiva, levando-se em consideração a necessária conjugação do mencionado princípio com outros que orientam a atuação dos poderes públicos nos Estados modernos, como a supremacia do interesse público e o da vedação de enriquecimento sem causa.

A principal conclusão que se pode extrair do estudo é que, somente em situações excepcionais, pode ocorrer de a regra que determina a devolução dos valores recebidos do Estado de forma indevida não ser aplicada, quando em jogo no caso concreto princípio que tenha maior peso do que o princípio da legalidade e da supremacia do interesse público, ocasião em que deverá ser feita a ponderação dos valores envolvidos, fazendo concessões recíprocas, buscando preservar o núcleo de cada princípio, sendo que somente no limite é que a regra válida não deverá aplicada.

Palavras-Chave: Boa-fé; Segurança Jurídica; Direito Administrativo; Devolução de valores; Enriquecimento sem causa.

Abstract

The aim of this study is to bring the debate some issues concerning the application of the principle of good faith in the context of administrative law, notably about its use as justification for non-application of brazilian legal text that determines the refund to the public coffers of the amounts improperly received by a government employee, pensioner or retiree of the Social Security System.

The analysis of the principle of good faith was made according their subjective and objective aspects, taking into consideration the necessary conjunction of the mentioned principle with the other ones who guide the actions of government in modern states, such as the supremacy of the public interest and the prohibition of unjust enrichment.

The main conclusion that can be drawn from the study is that, only in exceptional situations, may occur that the rule who determines the refund of amounts improperly received from the State not be applied, when at stake in this case a principle with more weight or importance than the the principle of legality and the supremacy of the public interest. At this time, to resolve the conflict we must take into account the relative weight of each one, seeking to preserve the core of each principle. At the limit, the valid rule should not applied.

Keywords: Good faith; Legal certainty, Administrative Law; Refund values; Unjust enrichment.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADIn – Ação Declaratória de Inconstitucionalidade

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – Título X da CRFB

AI – Agravo de Instrumento

CCB – Código Civil brasileiro

CCP – Código Civil português.

CPA – Código de Processo Administrativo português

CPC – Código de Processo Civil brasileiro

CRP – Constituição da República Portuguesa

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CTN – Código Tributário Nacional brasileiro

DDCH – Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

REJU – Lei Federal brasileira nº 8.112/1990

RGPS – Lei Federal brasileira nº 8.213/1991

RISTJ – Regimento Interno do STJ

STJ - Superior Tribunal de Justiça brasileiro

STF – Supremo Tribunal Federal brasileiro

TCU – Tribunal de Contas da União brasileiro

SUMÁRIO

Resumo	2
Abstract	3
Abreviaturas	4
Introdução.....	7
I. Princípio da boa-fé no âmbito do direito administrativo	12
1 Princípio da boa-fé e proteção da confiança.....	13
2 Tutela da confiança e materialidade subjacente	21
3 Boa-fé em sentido objetivo e boa-fé em sentido subjetivo.....	24
4 Princípio da legalidade	28
4.1 Antecedente histórico	28
4.2 Conceito atual.....	30
4.3 Preferência de lei e reserva de lei	35
5 Moralidade administrativa e supremacia do interesse público	36
6 Aplicação do princípio da Boa-fé em outros ramos do direito.....	41
6.1 A boa-fé no direito civil	41
6.2 A boa-fé no direito tributário.....	46
II. Devolução dos valores pagos indevidamente pelo Estado	49
1. Situação atual da jurisprudência brasileira	50
2. Conflito aparente entre princípios e regras.....	58
3 Restituição dos valores pagos indevidamente por erro da administração	
3.1 A boa-fé do administrado	63
4 Devolução dos valores pagos indevidamente com base em provimento judicial provisório	69
4.1 Provimento jurisdicional provisório	69
4.2 Reversibilidade da medida	77
5 Devolução dos valores pagos indevidamente com base em provimento judicial definitivo	80

6 A questão da natureza alimentar da verba recebida	83
7 Vedação de enriquecimento sem causa	85
Conclusões	88
Índice de jurisprudência	92
Referências bibliográficas	93

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como foco principal de sua investigação o estudo do princípio da boa-fé bem como a sua aplicação no âmbito das relações entre os particulares e a Administração estatal, notadamente no âmbito do direito administrativo, onde a atividade deve ser permeada pela supremacia do interesse público e pela exigência de atuação dentro do espectro de legalidade.

Analisar-se-á a vertente atual da jurisprudência brasileira que tem utilizado o princípio da boa-fé como justificativa para não aplicação de dispositivo legal que determina a restituição aos cofres públicos de valores recebidos de forma indevida por servidores públicos¹, aposentados e pensionistas, tanto do regime próprio dos servidores públicos federais – REJU como do regime geral de previdência social – RGPS.

De fato, não se pode negar que o que impulsionou a aplicação do princípio da boa-fé no âmbito do direito público foi a jurisprudência, que reconheceu como aplicável tal princípio nas relações entre a administração e os particulares. Como Apontado por Menezes Cordeiro², apesar da existência de decisões judiciais negando a aplicação da boa-fé no campo de atuação do direito público, logo surgiu uma corrente jurisprudencial com posição favorável, sendo hoje corrente que o mencionado princípio deve nortear as relações jurídico-administrativas.

Veremos que o princípio da boa-fé tem sido utilizado nas diversas áreas do direito, tanto do direito privado como direito público. No âmbito das relações entre os particulares, será visto que o princípio sofreu uma grande evolução nos últimos séculos e sua utilização tem alcançado inúmeras situações, como tem ocorrido no direito civil, onde a doutrina tem realizados relevantes trabalhos para desenvolver as bases que fundamentam a aplicação do princípio, bem como para estabelecer limites para a referida aplicação.

Para efeito de organização, foi feita uma separação metodológica do trabalho em duas partes, onde se levou em consideração que na primeira delas será feita uma análise prévia das bases que sustentam ou dos valores negativos que limitam a aplicação do princípio

¹ A denominação utilizada ao longo do texto: “servidor público”, no âmbito do direito brasileiro, é utilizada para designar os funcionários dos entes públicos que estão submetidos a um regime especial, com tratamento diferente do que é destinado à regulação das relações trabalhistas. No caso dos servidores federais, o regime próprio é tratado na Lei Federal nº 8.112/1990.

² CORDEIRO, Menezes, *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 384.

da boa-fé nos casos concretos. Na segunda parte é que será feito o estudo específico do problema posto em discussão (que dá o próprio nome da pesquisa): a questão da devolução de salários ou proventos pagos de forma indevida pelo Estado, associada à aplicação do princípio da boa-fé.

Para o estudo da aplicação da boa-fé no âmbito do direito administrativo, será realizada em um primeiro momento, que corresponde à parte inicial do estudo, a delimitação das principais nuances que têm sido percebidas pelos textos legais e doutrinários no que tange à aplicação do princípio da boa-fé. Sob essa ótica, iremos verificar que apesar de não ser possível se fazer uma enumeração exaustiva das consequências da aplicação do princípio da boa-fé, não se pode perder de vista que ele revela especialmente para a administração deveres de conduta semelhante aos dos particulares em todas as fases do procedimento administrativo³.

Como veremos durante a exposição que será feita neste texto, o princípio da boa-fé corresponde a um conceito indeterminado, caracterizado pelo seu elevado grau de abstração⁴, não sendo possível formular juízos, sem que se tenha o conhecimento de sua aplicação nos diversos ordenamentos jurídicos, sendo que o que determinará a sua aplicação será o peso dos valores em disputa numa situação concreta.

Será feito um breve estudo do princípio da boa-fé tomando em conta a sua vertente subjetiva, que consiste nas crenças internas, os conhecimentos ou desconhecimentos do agente, as suas convicções íntimas, ou seja, de uma situação psicológica do agente que ignora a situação lesiva a direito ou bem de outra pessoa. Em seguida será feita também a análise do princípio como regra de conduta, sob o prisma da sua aceção objetiva, exigindo-se dos partícipes da relação jurídica atuação de acordo com os padrões esperados de correção e lealdade de uma pessoa comum.

Para se chegar à análise do papel que o princípio da boa-fé pode exercer no âmbito das regras positivadas, será realizada mais adiante uma análise da questão atinente às normas jurídicas, como gênero, e às regras e princípios como espécie, trazendo os aspectos mais notórios e os critérios mais utilizados para se estabelecer diferenças entre essas e aquelas

³ MONCADA, Luís Cabral de. *Boa fé e tutela da confiança no direito administrativo*, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol. II, FDUL, Coimbra Editora, 2010, p. 575-576.

⁴ CORDEIRO, Antônio Menezes. *A boa-fé nos finais do século XX*. in Revista da Ordem dos Advogados Portugueses, Lisboa: ano 56, III, dez. 1996, p. 888.

espécies de normas, notadamente a partir da utilização do conceito da dimensão de peso ou valor, que pode se fazer presente no contexto de uma norma e que servirá como base para diferenciação entre uma e outra espécie normativa.

A partir dessa diferenciação é que serão traçadas as principais diretrizes para solução de eventual colisão entre princípios relacionados com a aplicação do princípio da boa-fé e buscar-se-á uma resposta para quando uma regra entrar em rota de colisão com o princípio da boa-fé, notadamente aquelas estabelecidas e protegidas pelo princípio da legalidade, que serve de base ao Estado de Direito moderno.

Com base na análise dos textos dos autores que estudam a boa-fé, trataremos da questão da autonomização do princípio e de sua relação com outros princípios que direcionam a atividade estatal, nomeadamente o princípio da legalidade, já citado, e os princípios da supremacia do interesse público, da segurança jurídica, da vedação do enriquecimento sem causa e moralidade administrativa.

Será tratada oportunamente a questão de o princípio da boa-fé estar expresso na Constituição da República Portuguesa, entre os princípios que informam a atividade da Administração Pública, constituindo um princípio geral do direito administrativo. Veremos que tal fato não se repete no Brasil, em razão de o referido princípio não estar assinalado expressamente na Constituição da República Federativa do Brasil, o que não impede, todavia de, da mesma forma como ocorre em terras portuguesas, a boa-fé se consubstanciar em um princípio geral do direito administrativo, cujo fundamento constitucional é extraído dos princípios relacionados ao mesmo e que se encontram expressos na Constituição Brasileira, como o da moralidade administrativa.

A questão da boa-fé do administrado diante do erro da Administração que indevidamente lhe paga valores de forma equivocada, será analisada para determinar em que medida poderá servir de fundamento justificador para se determinar que o funcionário público (ativo, aposentado ou pensionista do regime próprio dos servidores públicos federais – REJU) ou dos aposentados e pensionistas do regime geral de previdência social – RGPS deixem de devolver aos cofres públicos os valores pagos indevidamente por erro da administração.

Nesse ponto, será analisada a questão da natureza alimentar do valor recebido indevidamente, como causa justificadora da não devolução dos valores recebidos

indevidamente. Logo adiante será tratada a questão do enriquecimento sem causa da pessoa que recebeu o valor indevido, fazendo uma análise, no caso, do princípio da supremacia do interesse público e de qual a função que a boa-fé terá, como regra de conduta, diante da situação de uma pessoa que recebeu indevidamente aquilo que não lhe pertencia.

A questão da devolução dos valores pagos indevidamente, com base em provimento jurisdicional provisório, que vem a ser posteriormente modificado através da prolação de nova decisão judicial, será ainda analisada em tópico específico.

Para realização da referida análise, serão traçados os contornos principais das hipóteses existentes no ordenamento jurídico brasileiro de percepção de valores com base em decisão judicial ainda sem trânsito em julgado, seja através de tutela jurisdicional de urgência ou de execução provisória de provimento ainda não protegido pela coisa julgada (ou caso julgado como denominam os portugueses), tanto do servidor público (ativo, aposentado ou pensionista do regime próprio dos servidores públicos federais – REJU) quanto dos aposentados e pensionistas do regime geral de previdência social – RGPS.

A questão da reversibilidade da medida, ou seja, a possibilidade de reversão ao *status quo ante*, será analisada como exigência legal presente na norma processual brasileira para deferimento de provimento jurisdicional de urgência, tanto na hipótese da medida pretendida ter o caráter conservativo como antecipatório, bem como da influência do princípio da boa-fé nesse caso.

Ou seja, quando a pessoa, servidor público (ativo, aposentado ou pensionista do regime próprio dos servidores públicos federais – REJU) ou aposentados e pensionistas do regime geral de previdência social – RGPS, recebe os valores em decorrência de decisão judiciária provisória, já sabendo previamente da condição precária do recebimento e da obrigação de reversão da decisão judicial em caso de reforma posterior da mesma. Qual a função que o princípio da boa-fé terá nessa situação?

Por fim faremos uma breve análise do que ocorre quando há percepção de valores com base em decisão judicial com trânsito em julgado, que vem a ser posteriormente rescindida ou tida como inexigível, ponderando nesse caso a função que o princípio da boa-fé deve ter em relação àquela pessoa que recebeu valores do Estado com base em provimento jurisdicional definitivo. Qual a proteção dada pelo princípio da boa-fé nesse caso?

De forma breve, ficam assim delineados os aspectos iniciais que irão servir para apresentação dos temas que serão analisados no decorrer da pesquisa que ora se inicia, e que servirá de base para a busca das respostas aos questionamentos, com base no entendimento da doutrina, principalmente aquela estabelecida mais recentemente na Europa e no Brasil, à partir da análise da legislação e jurisprudência brasileira.

PARTE I

Princípio da boa-fé no âmbito do direito administrativo

1 Princípio da boa-fé e proteção da confiança

Para compreendermos o princípio da boa-fé e o da proteção da confiança, precisamos antes tecer alguns contornos do princípio da segurança jurídica, entendida esta como uma necessidade natural da atividade humana, que ao realizar atos de acordo com o ordenamento jurídico vigente, precisa de certa estabilidade como forma de preservar a paz social. É um princípio essencial que informa a totalidade do ordenamento jurídico⁵.

A segurança jurídica não se trata, portanto, de uma característica específica do Estado de Direito, enquanto conjunto de fatores que tem por escopo propiciar a efetividade das normas vigentes e dos direitos dos respectivos destinatários. Em qualquer ordenamento ou regime político, bem ou mal, haverá segurança jurídica, sendo claro, entretanto, que somente no Estado de Direito é que se tem alcançado a sua máxima realização até os dias atuais⁶, sendo inerente ao mesmo⁷.

Para Gomes Canotilho⁸ o cidadão deve poder confiar que os efeitos jurídicos serão duradouros e poderão ser previstos, quando os atos e às decisões públicas que incidem sobre seus direitos, forem praticados ou tomados em conformidade com as normas jurídicas vigentes.

Celso Antônio Bandeira de Mello indica que o princípio da segurança jurídica não pode ser radicado em um dispositivo constitucional específico⁹, sendo, porém, da essência do próprio Estado Democrático de Direito, fazendo parte do sistema constitucional como um todo.

No entanto, como leciona Jorge Miranda¹⁰, a presença da segurança jurídica pode ser percebida em diversos institutos clássicos em conexão com o decurso do tempo, notadamente

⁵ PÉREZ, Jesús Gonzáles. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 5ª ed, Madri: Civitas, 2009, p. 75.

⁶ MIRANDA Jorge – *Manual de Direito Constitucional* – Tomo IV – Direito Fundamentais. 4ª ed. Coimbra Editora, 2008, p. 272.

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 256.

⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, op. cit., p. 250.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de – *Curso de direito administrativo*, 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 123.

¹⁰ MIRANDA Jorge – *Manual de Direito Constitucional*, op. cit., p. 273.

no caso julgado, na prescrição aquisitiva e extintiva e nas situações consolidadas pelo cumprimento das obrigações.

O ato jurídico, que foi realizado em conformidade com a legislação vigente na época em que foi efetuado, deve receber proteção do ordenamento jurídico, consolidando-se a situação. De outra banda, havendo trânsito em julgado de uma sentença judicial que reconhece uma relação jurídica, tal ato judicial passa a ter especial proteção do ordenamento jurídico, já que há previsão de que os efeitos jurídicos deverão ser duradouros.

Apesar de não ser característica presente apenas no Estado de Direito, a proteção da confiança se trata de um princípio essencial da Constituição material¹¹ dessa espécie de regime estatal, ainda que esta não contenha expressamente a menção a tal princípio¹². Tal princípio projeta diferentes exigências de segurança jurídica dirigidas ao Estado, sob diversas formas, como por exemplo na previsibilidade da atuação estatal, da clareza das normas jurídicas e de publicidade e transparência dos atos dos poderes públicos.

Jesús Gonzáles Pérez nos lembra que a exposição de motivos da Lei Espanhola nº 4/1999¹³ indica expressamente que o princípio da boa fé e da proteção da confiança são derivados da segurança jurídica, não havendo uma diferença clara do princípio da boa-fé em relação ao princípio da proteção da confiança¹⁴, tais princípios são muitas vezes considerado um como implicação do outro e invocados em situações idênticas para produzir os mesmos efeitos.

Moncada ao tratar da aplicação do princípio da boa-fé e da tutela da confiança, discorre que não há empecilho de que as soluções concretas que possam ser atingidas sejam muito parecidas nos dois casos¹⁵. Para ele a valorização da segurança jurídica aponta, por

¹¹ CUNHA, Paulo Ferreira da – *Direito Constitucional Geral*. Lisboa: Quid Jus, 2006, p. 52: “A Constituição material é a parte substancial, o cerne, de uma Constituição. Não precisa de estar plasmada em texto escrito(ou codificado) para existir.” e “a constituição formal é a dimensão textual de uma Constituição, normalmente codificada.”

¹² NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 816.

¹³ “*Em primer lugar, en el Título preliminar se introducen dos principios de actuación de las Administraciones públicas, derivados del de seguridad jurídica. Por una parte, el principio de buena fe, aplicado por la jurisprudencia contencioso-administrativa incluso antes de su recepción por el Título preliminar del Código Civil. Por otra, el principio, bien conocido en el derecho procedimental administrativo europeo y también recogido por la jurisprudencia contencioso-administrativa, de la confianza legítima de los ciudadanos en que la actuación de las Administraciones públicas no puede ser alterada arbitrariamente.*”

¹⁴ PÉREZ, Jesús Gonzáles. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, op. cit., p. 80.

¹⁵ MONCADA, Luís Cabral de. *Boa fé e tutela da confiança no direito administrativo*, op. cit., p. 596.

vezes, para soluções semelhantes àquelas que são imputáveis a uma conduta de boa-fé, nada impedindo que as mesmas se sobreponham, o que todavia somente pode ser feito caso a caso.

A proteção da confiança é a recondução ao plano subjetivo do princípio da segurança jurídica, entendida como o direito dos cidadãos à proteção da confiança que podem colocar nos atos do poder político que eventualmente tenham alguma interseção com a sua esfera jurídica. De outra banda, estará o Estado vinculado a um dever de agir com boa-fé, lealdade e respeito com os particulares, não apenas no plano formal, mas no próprio substrato material do cumprimento das normas¹⁶.

A segurança jurídica está mais relacionada com elementos objetivos da ordem jurídica, como a garantia de estabilidade jurídica e segurança na realização do direito, enquanto a proteção da confiança se liga mais aos elementos subjetivos da segurança, notadamente na calculabilidade e previsibilidade dos efeitos jurídicos dos atos do poder público em relação aos cidadãos¹⁷.

No mesmo sentido, a lição de José dos Santos Carvalho Filho¹⁸, segundo a qual pelo princípio da segurança jurídica se confere relevo ao aspecto objetivo do conceito, indicando-se a inafastabilidade da estabilização jurídica, enquanto o princípio da proteção da confiança incide sobre o aspecto subjetivo, notabilizando-se pelo sentimento do indivíduo em relação a atos, inclusive e principalmente do Estado, dotados de presunção de legitimidade e com aparência de legalidade.

A conduta que cria confiança é precedente em relação a outro comportamento da Administração, não operando relativamente a uma primeira conduta sobre um caso jurídico¹⁹. O princípio da proteção da confiança presume uma conduta antecedente, que de alguma forma servirá de parâmetro para a ação seguinte, criando expectativas junto a um sujeito em um comportamento futuro da administração. Essas expectativas poderão ser concretizadas tanto para tutelar a confiança na manutenção de um *status quo*, como na realização de uma conduta subsequente, lastreada na confiança do sujeito na prática de um ato futuro com conteúdo definido pela promessa efetuada.

¹⁶ MIRANDA Jorge – *Manual de Direito Constitucional*, op. cit., p. 273-274.

¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, op. cit., p. 250.

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 39.

¹⁹ LOPES, Pedro Moniz – *Princípio da boa fé e decisão administrativa: estrutura e operatividade na discricionariedade conferida por normas habitantes*. Coimbra: Almedina, 2011, pp. 258-259.

Freitas do Amaral²⁰ indica que a proteção da confiança está há bastante tempo subjacente a vários institutos bem conhecidos no Direito Administrativo, como por exemplo na existência de limites à revogação de atos administrativos(válidos) constitutivos de direitos, bem como na formação dos contratos administrativos, onde a administração, ao iniciar um procedimento tendente à formação de um contrato não pode mudar injustificadamente algum critério definido, bem como não pode querer culpar o particular por atitudes que ela própria o autorizou a tomar etc.

A confiança é tutelada (protegida) por um princípio geral²¹ de boa-fé, que impõe uma ponderação no momento da edição de uma norma ou de um ato administrativo. Ou seja, a boa-fé deve permear a elaboração tanto da legislação como dos atos administrativos.

Para Moncada²² deve ser feita a distinção entre a proteção que é dada à boa-fé e a àquela que é dada à confiança do particular na estabilização de determinadas situações jurídicas. De acordo com o referido autor, para a tutela da confiança não deve haver considerações éticas, mas somente razões de segurança jurídica de natureza objetiva²³. Nessa linha, para a tutela da confiança, somente são admitidas as hipóteses previstas em lei, diferentemente do que ocorre com a tutela da boa-fé, ocasião em que a ponderação diante de cada caso concreto permitiria a criatividade dos tribunais com margem para decisão em sentido diferente do conteúdo estrito da lei²⁴.

Vale ressaltar, contudo, que não é apenas a administração pública que está sujeita, mas o Estado e quaisquer entidades públicas, em todas as suas atuações. Não faria sentido se exigir atuação com boa fé do administrador enquanto representante do Estado, e não cobrar tal conduta do legislador e do julgador²⁵. A estabilidade legislativa ou duração razoável das normas que tenham repercussão nas situações subjetiva, como dito, é afetada pelo princípio da boa-fé, uma vez que o legislador ao editar normas deve procurar salvaguardar as expectativas que estas tenham provocado.

²⁰ AMARAL, Diogo Freitas do – *Curso de direito administrativo*. 2ª ed., 2º v. Coimbra: Almedina, 2011, p. 149.

²¹ MERUSI, Fabio. *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*. Milano: Giuffrè Editore, 2001, p. 251.

²² MONCADA, Luís Cabral de. *Boa fé e tutela da confiança no direito administrativo*, op. cit., p. 611.

²³ Idem.

²⁴ Idem.

²⁵ MIRANDA Jorge – *Manual de Direito Constitucional*, op. cit., pp. 274-275.

Porém, como assenta Gomes Canotilho²⁶, o princípio da segurança jurídica não informa apenas a elaboração dos atos normativos. Norteia a própria atuação estatal através de duas ideias nucleares : a) a da estabilidade, segundo a qual as decisões dos poderes públicos uma vez adotadas, observando-se a forma e procedimento exigidos, não podem ser arbitrariamente modificadas, senão no caso de ocorrência de pressupostos relevantes; b) a da previsibilidade, que decorre da exigência de certeza e calculabilidade por parte dos indivíduos dos efeitos jurídicos dos atos normativos.

O princípio da segurança jurídica²⁷ irá informar também a produção dos atos jurisdicionais através da especial proteção dada ao caso julgado, como decorrência da necessária estabilidade da decisão judicial quando não mais existente a possibilidade de recurso ou reapreciação das questões nela decididas²⁸.

Vale, contudo, notar que a aplicação do princípio da segurança jurídica ao âmbito de produção dos atos jurisdicionais terá como principal resultado a intangibilidade do caso julgado, não resultando, todavia, na exigência de uniformidade ou estabilidade da jurisprudência²⁹, não sendo decorrência da aplicação do princípio da segurança jurídica a exigência de estabilidade jurisprudencial, uma vez que o juízo ou tribunal poderá decidir de acordo com sua convicção, podendo inclusive modificar entendimento anteriormente pronunciado.

Tal dever de agir com boa-fé, hoje aceito como presente no direito público, como aponta a maior parte da doutrina, é originário do direito privado³⁰, ou seja, daquele direito que regula a relações paritárias entre os particulares, que, ao realizarem relações jurídicas precisavam se pautar com comportamentos leais, honestos, equitativos e racionais³¹.

A maior dificuldade para a transposição do princípio da boa fé para o direito público era a ideia de que a administração pública, enquanto pessoa jurídica, não poderia exprimir

²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, op. cit., pp. 256-257.

²⁷ Cfr MONCADA, Luís Cabral de. *Boa fé e tutela da confiança no direito administrativo*, op. cit., p. 596: “Como se dizia, da boa fé deve distinguir-se criteriosamente a situação em que a estabilidade do acto ou do contrato deve ser garantida não por o particular estar de boa fé mas por razões de segurança jurídica. Agora não releva a bondade do particular mas a necessidade de garantir a estabilidade de certas situações em nome da tutela da confiança e isto mesmo que o particular não esteja de boa fé.”

²⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, op. cit., p. 257.

²⁹ Idem.

³⁰ AMARAL, Diogo Freitas do – *Curso de direito administrativo*. 2ª ed., op. cit., p. 146.

³¹ NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 156.

vontades individuais passíveis de uma qualificação subjetiva³², o que inviabilizaria a aplicação de noções de retidão, seriedade e honradez com que tradicionalmente se identificava a boa fé.

O princípio da boa fé não atua somente no exercício de um direito, mas na própria constituição das relações jurídicas e no cumprimento dos deveres, levando à necessidade de uma conduta leal, honesta, que segundo o senso comum pode-se esperar de uma pessoa³³, tanto nas relações interpessoais, como nas relações entre os particulares e as várias manifestações da vontade do Estado, em qualquer de suas funções, seja ela político/administrativa, legislativa ou judicial³⁴.

Fabio Merusi indica as duas principais hipóteses de concretização do princípio da boa-fé³⁵:

a) primeiramente como uma obrigação de não agir de forma contraditória, tomando uma decisão divergente entre um situação atual e um comportamento anterior decidido, com aplicação do brocardo *non venire contra factum proprium*.

b) e depois como obrigação de retidão, consistente na necessária ponderação entre os interesses envolvidos: o interesse para a satisfação de confiança criada pelo comportamento anterior e o interesse que poderia sugerir a promulgação do novo ato.

Porém, o princípio da boa-fé, em conjugação com a proteção da confiança, não deve ser confinado no âmbito do direito administrativo à vedação de comportamento contraditório³⁶, mas deve encontrar espaço próprio no âmbito do procedimento administrativo no que tange à própria formação da decisão administrativa como manifestação da vontade do órgão da administração.

³² LOPES, Pedro Moniz – *Princípio da boa fé e decisão administrativa: estrutura e operatividade na discricionariedade conferida por normas habitantes*, op. cit., p. 214.

³³ PÉREZ, Jesús Gonzáles. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, op. cit., p. 105.

³⁴ Cfr FAGUNDES, Miguel Seabra – *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 2: “O Estado, uma vez constituído, realiza os seus fins por meio de três funções que se reparte a sua atividade: legislação, administração e jurisdição. A função legislativa liga-se aos fenômenos de formação do Direito, enquanto as outras duas, administrativa e jurisdicional, se predentem à ase de sua realização.”

³⁵ MERUSI, Fabio. *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, op. cit., p. 44.

³⁶ COLAÇO ANTUNES, Luís Filipe. *A teoria do acto e a justiça administrativa: o novo contrato natural*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 107.

De acordo com Luís Cabral de Moncada a boa-fé não é apenas um limite à função administrativa³⁷, sendo algo além disso, uma vez que deve orientar todo o desenvolvimento da atividade da Administração no seu relacionamento com os particulares, não sendo aplicável somente à matéria relacionada aos contratos que esta celebra, mas também aos atos unilaterais e o cumprimento de deveres de conduta material.

Tal espaço ganha especial relevância com a autonomização do princípio da boa-fé em relação aos demais princípios aos quais está diretamente relacionada e nos quais durante muito tempo buscou fundamento para integrar os ordenamentos jurídicos modernos, notadamente a segurança jurídica, justiça, legalidade e a moralidade administrativa.

Moncada nos traz a lição de que a boa-fé se trata de um verdadeiro princípio geral de direito administrativo³⁸, sendo portanto aplicável em todo o âmbito da atuação da administração.

A boa-fé é um princípio geral de direito e como tal existe independentemente de sua previsão expressa em uma norma jurídica positiva³⁹. Jesús González Pérez nos ensina ainda que a boa-fé é um princípio geral de direito e não um princípio lógico, mencionando que tal diferenciação é necessária em razão de a doutrina colocar a determinação dos princípios jurídicos como pressuposto de toda a Ciência jurídica. Ele ressalta que os princípios lógicos da ciência ajudam a conhecer a realidade jurídica, tem valor instrumental, constituindo fundamento da ciência. Os princípios jurídicos, ao contrário, tem em si um valor normativo, constituindo a própria realidade jurídica e o objeto da ciência e existindo independentemente de sua formulação.

Vale lembrar que o fato de um princípio existir independentemente de não estar expressamente previsto em uma norma posta, quer dizer que, ao ser inscrito expressamente em uma regra, positivando-se, não perde seu caráter de princípio, não se produzindo uma transformação de sua essência normativa que fizesse com que o princípio geral passasse a ser uma regra. O que ocorrerá é que ele continuará sendo princípio geral e também norma jurídica de aplicação imediata⁴⁰.

³⁷ MONCADA, Luís Cabral de. *Boa fé e tutela da confiança no direito administrativo*, op. cit., p. 575.

³⁸ Idem.

³⁹ PÉREZ, Jesús Gonzáles. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, op. cit., p. 118.

⁴⁰ PÉREZ, Jesús Gonzáles. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, op. cit., p. 120.

Assim, a positivação do princípio da boa-fé em diversos ordenamentos jurídicos atuais apenas fez com se tornasse uma norma de aplicação imediata, não afastando, contudo, seu caráter de princípio geral que deve informar tanto as relações dos particulares, como a atividade estatal no exercício de suas diversas funções (administrativa, legislativa e judicial).

Conforme nos ensina Edilson Nobre⁴¹, no âmbito administrativo, em decorrência do trabalho doutrinário e jurisprudencial, a previsão da aplicação do princípio da boa-fé pode ser explícita ou tácita em razão do conteúdo das normas constitucionais e legais que tragam ou não sua previsão. Para o mencionado autor, os ordenamentos jurídicos poderiam ser agrupados então em três classes distintas, conforme tragam ou não previsão expressa da aplicação do princípio da boa-fé no direito público: a) no primeiro grupo podemos reunir os ordenamentos jurídicos que trazem expressamente a previsão da aplicação do princípio da boa-fé; b) em um segundo grupo, onde a aplicação do princípio da boa-fé é feita mediante a extração de outros princípios, como da segurança jurídica ou da moralidade e c) por fim, um terceiro grupo, onde o princípio da boa-fé é aplicado mediante remissão ao direito privado.

Entre os portugueses, o princípio da boa fé passou a estar inscrito expressamente na Constituição formal entre os princípios vinculativos da Administração Pública a partir da revisão constitucional de 1997, que alterou o art. 266.º, nº 2 da CRP, como cânone essencial da atividade administrativo-procedimental⁴², sendo que desde a alteração do CPC pelo D.L. nº 6/96 que tal princípio já se encontrava presente de forma expressa no ordenamento jurídico português. O ordenamento jurídico português poderia então ser enquadrado no primeiro grupo, que prevê expressamente a aplicação do princípio da boa-fé no âmbito do direito público⁴³.

O mesmo ocorre em relação ao ordenamento jurídico espanhol⁴⁴, que através da Lei 30, de 26 de novembro de 1992 disciplinou o Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum, estabelecendo no art. 3.1 do Título Preliminar que as Administrações Públicas deverão respeitar os princípios da boa-fé e da proteção da

⁴¹ NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro*, op. cit., p. 145.

⁴² COLAÇO ANTUNES, Luís Filipe. *A teoria do acto e a justiça administrativa: o novo contrato natural*. op. cit., p. 106.

⁴³ NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro*, op. cit., p. 145.

⁴⁴ NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro*, op. cit., p. 146.

confiança legítima, bem como que as mesmas servem, com objetividade, os interesses gerais, atuando em conformidade com os princípios da eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação, com submissão à Constituição, à Lei e ao Direito.

No Brasil, a CRFB não enumera o princípio da boa fé entre aqueles que regulam a atividade da administração, o qual recolhe abrigo no princípio da segurança jurídica⁴⁵ previsto no art. 5º, XXXVI da carta magna brasileira e da moralidade, capitulado no art. 37 do referido texto constitucional. Há, contudo, no Brasil, norma infraconstitucional que expressa o princípio da boa-fé no âmbito do direito administrativo, que é a Lei Federal nº 9.784/1999 que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública Federal brasileira e indica que deverá ser observado tal princípio.

Enfim, esteja ou não expressamente previsto, como ensina Colaço Antunes⁴⁶, o princípio da boa-fé obriga a Administração sem excluir os particulares, assumindo relevância autônoma no direito administrativo, constituindo ao mesmo tempo um critério interpretativo e integrativo da juridicidade e correção do comportamento da Administração e de seus atos.

2 Tutela da confiança e materialidade subjacente

O princípio da boa-fé se desdobra em dois outros princípios autônomos e derivados⁴⁷, quais sejam: a) a tutela da confiança legítima⁴⁸ e b) a primazia da materialidade subjacente. Apesar do conteúdo vago e alto grau de abstração do princípio geral da boa-fé, tais subprincípios servirão também como meios para concretização do mesmo.

Para Menezes Cordeiro, a tutela da confiança faz com que seja dispensada uma certa proteção àquela pessoa que foi levada à acreditar na manutenção de um determinado estado

⁴⁵ NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro*, op. cit., p. 159.

⁴⁶ COLAÇO ANTUNES, Luís Filipe. *A teoria do acto e a justiça administrativa: o novo contrato natural*. op. cit., p. 114.

⁴⁷ LOPES, Pedro Moniz – *Princípio da boa fé e decisão administrativa: estrutura e operatividade na discricionariedade conferida por normas habitantes*, op. cit., p. 252.

⁴⁸ No mesmo sentido a lição de CORDEIRO, Antônio Menezes. *A boa-fé nos finais do século XX*, op. cit., p. 897: “A tutela da confiança conquistou uma dogmática própria, de resto já patente desde os anos setente, graças aos estudos de CLAUS-WILHELM CANARIS.”

de coisas, em razão das exigências éticas e sociais básicas. Nessa linha, exige-se que haja uma crença legítima, que na origem o confiante tenha empregado energias materiais e/ou pessoas e que esse gasto seja imputável àquele que deve respeitar a situação criada⁴⁹.

Como aponta Freitas do Amaral⁵⁰, a tutela da confiança não se consubstancia em um princípio absoluto, somente ocorrendo em situações particulares que a possam justificar no caso concreto. Continua o mencionado autor discorrendo sobre a tutela da confiança com estabelecimento de quatro pressupostos jurídicos para que a confiança seja tutelada:

a) primeiramente, que haja uma situação que enseje a confiança, em razão da boa-fé subjetiva ou de crença, da pessoa que pretende ter a confiança tutelada.

b) como segundo pressuposto, ele indica que essa confiança seja justificável, segundo elementos objetivos que tornem a crença plausível;

c) o terceiro requisito é que deve ter havido, com base nessa confiança ou crença, atividade jurídica que deverá ser objeto de proteção;

d) como último pressuposto: a imputação da situação de confiança decorrendo da existência de um autor a quem deve uma relação de confiança ser tutelada.

Freitas do Amaral deixa claro⁵¹, porém, que, da mesma forma como ocorre na Teoria Geral do Direito Civil, não há hierarquia entre os pressupostos relacionados, e que os mesmos não são indispensáveis em caráter absoluto, de forma que eventual ausência de um pode ser suprida pela intensidade reforçada de outro requisito ou mesmo outros pressupostos restantes.

A exigência da tutela da confiança é, no fundo, uma recondução da exigência da aplicação do princípio da igualdade⁵², na medida em que a pessoa que se encontre imersa numa crença legítima e justificada não pode ser tratada da mesma maneira como se referida crença não existisse, sob pena de serem tratados de maneiras iguais, situações desiguais.

Ao lado da tutela da confiança legítima, há ainda outro princípio que possibilita a concretização do princípio da boa-fé: o princípio da primazia materialidade subjacente.

⁴⁹ CORDEIRO, Antônio Menezes. *A boa-fé nos finais do século XX*, op. cit., p. 897.

⁵⁰ AMARAL, Diogo Freitas do – *Curso de direito administrativo*. 2ª ed., op. cit., pp. 149-150.

⁵¹ AMARAL, Diogo Freitas do – *Curso de direito administrativo*. 2ª ed., op. cit., p. 150.

⁵² CORDEIRO, Antônio Menezes. *A boa-fé nos finais do século XX*, op. cit., p. 898.

De acordo com o magistério de Menezes Cordeiro, a primazia da materialidade subjacente nos lembra que o Direito não deve se limitar à atuações ritualísticas, quando na verdade deve pretender o atingimento de determinados valores materiais que estão subjacentes a diversas normas. Dessa maneira, serão contrárias ao princípio da boa-fé as atuações que respeitem apenas a exteriorização formal do Direito⁵³, desprezando os valores mais elevados e tendentes à realização do ideal de Justiça.

O princípio da primazia da materialidade subjacente é fruto do histórico combate ao formalismo, que pode ser resumido como a exigência de submissão rígida dos casos a decidir às disposições legais pertinentes⁵⁴. De acordo com o princípio da primazia da materialidade subjacente⁵⁵, deve ser dada maior relevância à materialidade em contraposição com o formalismo legalmente imposto.

Moncada nos informa⁵⁶ que a jurisprudência administrativa portuguesa tem entendido que a invalidade do ato por razões de mera forma só se encontra justificada se ficar provado pelo conteúdo presente nos autos que o cumprimento da formalidade em falta pela Administração modificaria o conteúdo do ato. Em sentido contrário, se restar demonstrado que o conteúdo do ato seria sempre o mesmo ainda que a formalidade tivesse sido cumprida, o respectivo incumprimento é irrelevante, dando origem a o que ele chama de “sanação” judicial do ato⁵⁷.

Vê-se então que a boa-fé deu assume funções no estabelecimento de novos institutos e grupo de soluções, como na alteração das circunstâncias, apontada Menezes Cordeiro⁵⁸: “provavelmente, as mais estimulantes e avançadas criações jurídicas dos últimos dois séculos. Consumada essa criação, os institutos novos agrupam-se e ordenam-se, no sistema, de acordo com as realidades a que respeitem, adquirindo um tratamento cada vez mais próximo do Direito estrito”. A boa-fé se mantém então em um núcleo apertado, onde não tenha sido possível uma intervenção normatizadora da Ciência do Direito⁵⁹, sendo certo, contudo que o núcleo deixado à boa-fé pura encontra-se consideravelmente reduzido⁶⁰.

⁵³ CORDEIRO, Antônio Menezes. *A boa-fé nos finais do século XX*, op. cit., p. 898.

⁵⁴ AMARAL, Diogo Freitas do – *Curso de direito administrativo*. 2ª ed., op. cit., pp. 150-151.

⁵⁵ LOPES, Pedro Moniz – *Princípio da boa fé e decisão administrativa: estrutura e operatividade na discricionariedade conferida por normas habitantes*, op. cit., p. 255.

⁵⁶ MONCADA, Luís Cabral de. *Boa fé e tutela da confiança no direito administrativo*, op. cit., p. 593.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ CORDEIRO, Antônio Menezes. *A boa-fé nos finais do século XX*, op. cit., p. 901.

⁵⁹ CORDEIRO, Antônio Menezes. *A boa-fé nos finais do século XX*, op. cit., p. 902.

⁶⁰ CORDEIRO, Antônio Menezes. *A boa-fé nos finais do século XX*, op. cit., p. 906.

3 Boa-fé em sentido objetivo e boa-fé em sentido subjetivo

A primeira acepção da boa-fé pode ser verificada quando analisamos o princípio tomando em consideração a sua faceta subjetiva. Nesse aspecto, consistirá nas crenças internas, nos conhecimentos ou desconhecimentos do agente, nas suas convicções internas⁶¹. Pode ser resumido como sendo uma situação psicológica do agente que desconhece a situação lesiva a direito ou bem de outra pessoa.

De acordo com o ensinamento de Menezes Cordeiro, que pode ser colhido ao se verificar a análise que ele faz sobre a vertente subjetiva do princípio⁶², a boa-fé traduz um estado de ignorância desculpável, no sentido de que o sujeito, tendo cumprido com os deveres de cuidado impostos pelo caso, ignora determinadas eventualidades.

Nessa linha, o estado psicológico do agente presente na boa-fé subjetiva está intimamente ligado à noção de erro presente no Direito Civil e que leva na maioria das vezes à invalidação do negócio jurídico realizado, com proteção da boa-fé do agente que agiu com erro. O agente que, de boa-fé subjetiva, realiza negócio com erro sobre elemento essencial, recebe proteção do ordenamento jurídico, como podemos ver do artigo 251⁶³ do Código Civil português ou mesmo do art. 138 e 139⁶⁴ do Código Civil brasileiro.

Como indica Edilson Nobre⁶⁵, a doutrina costuma fazer uma distinção entre a boa-fé subjetiva, cujo contorno ficou acima estampado, da boa-fé vista sob o prisma da objetividade.

⁶¹ FIUZA, César – *Direito Civil: curso completo*, 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003, p. 313.

⁶² CORDEIRO, Menezes, *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 516.

⁶³ CCP: “ARTIGO 251.º

(Erro sobre a pessoa ou sobre o objecto do negócio)

O erro que atinja os motivos determinantes da vontade, quando se refira à pessoa do declaratório ou ao objecto do negócio, torna este anulável nos termos do artigo 247.º.”

⁶⁴ CCB: “Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

Art. 139. O erro é substancial quando:

I - interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais;

II - concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante;

III - sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.”

⁶⁵ NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro*, op. cit., pp. 149-150.

A obrigação de se comportar honestamente, ou seja, com boa-fé objetiva, constitui conceito diverso da boa-fé considerada como apenas uma situações interior do agente, que ignora haver causado lesão a outra pessoa (boa-fé subjetiva).

Dominique Lagasse, citado por Edilson Nobre⁶⁶, traz uma elucidativa conceituação que ajuda na distinção entre boa-fé em sentido objetivo e subjetivo. Segundo o citado autor, a boa-fé subjetiva significa a ausência de má-fé, de intenção dolosa ou mentirosa ou mesmo a ausência de conhecimento do caráter errôneo ou ilegal do comportamento praticado. De outra banda, a boa-fé objetiva se relaciona com o comportamento do homem normalmente equitativo e razoável, que ao agir, leva em consideração os interesses legítimos da outra parte e que por conta disso, impõe novas regras de comportamento de modo a obter soluções mais equitativas e mais leais. A boa-fé objetiva consiste na espera que a outra parte se comporte de maneira leal⁶⁷.

No direito civil brasileiro atual, o princípio da boa-fé contratual diz respeito à boa-fé objetiva. É uma inovação do Código Civil de 2002, que passou a tratar a boa-fé objetiva como uma norma jurídica, fundada em um princípio geral do direito⁶⁸. Como uma regra de conduta, passou-se a exigir que os contratantes agissem de acordo com os padrões esperados de correção e lealdade, correspondendo à confiança reciprocamente considerada. No Brasil, a regra civil que determina a observância da boa-fé na celebração dos contratos encontra-se no art. 422 do Código Civil brasileiro, segundo o qual “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

Antes do atual Código Civil brasileiro de 2002, a boa-fé subjetiva estava presente no Código de 1916, como uma regra de interpretação do negócio jurídico, dizendo respeito ao conhecimento ou ignorância da pessoa em relação a determinados fatos, segundo os quais seria levada a agir sob a consciência de estar atuando em conformidade com o direito, não obstante a situação concreta enunciar outra realidade⁶⁹.

⁶⁶ NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro*, op. cit., p. 150.

⁶⁷ Cfr. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – *Direito Administrativo*, 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 88: “O princípio da boa-fé abrange um aspecto objetivo, que diz respeito à conduta leal, honesta, e um aspecto subjetivo, que diz respeito à crença do sujeito de que está agindo corretamente. Se a pessoa sabe que a atuação é ilegal, está agindo de má-fé.”

⁶⁸ GONGALVES, Carlos Roberto - *Direito civil brasileiro*, v. III: *contratos e atos unilaterais*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 35.

⁶⁹ GONGALVES, Carlos Roberto - *Direito civil brasileiro*, v. III: *contratos e atos unilaterais*, op. cit., p. 34.

Em Portugal o artigo 227º do Código Civil Português dá proteção contratual ao estabelecer que “quem negoceia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”.

Como aponta Fiuza o princípio da boa-fé objetiva, presente nos contratos, tem função interpretativa, integrativa e de controle⁷⁰. Na sua função interpretativa, o princípio orienta que os contratos devem ser interpretados em conformidade com seu sentido aparente, exceto quando o destinatário conhece a vontade real do declarante. Havendo dúvidas em relação ao sentido do contrato, é preferível o significado apontado como mais razoável pelos ditames da boa-fé. A função integrativa do princípio da boa-fé indica que os deveres, poderes e faculdades são integrados pelo princípio da boa-fé. A função de controle é relacionada com as limitações à liberdade contratual estabelecida pelo princípio da boa-fé, atuando como controlador da autonomia da vontade com o escopo de se evitar abuso de direito.

Podemos perceber, portanto, que a boa-fé recebe valoração normativa do direito civil, estando expressamente prevista na legislação respectiva como uma diretriz a ser seguida pelos contratantes.

No âmbito do direito público, notadamente no direito administrativo, a boa-fé também receberá valoração, de um lado como um padrão de conduta, exigindo-se dos sujeitos envolvidos na relação jurídica que sua atuação se dê de acordo com a lealdade e honestidade (boa-fé objetiva) e de outro como as crenças e convicções (boa-fé subjetiva), eventualmente errônea e escusável, em uma situação concretamente determinada⁷¹.

Na noção de boa-fé objetiva podemos levar em consideração a lição de Jesús González Pérez⁷² segundo o qual a boa-fé é uma diretriz que todos os membros de uma comunidade devem se ajustar, na realização de suas relações recíprocas. Significa que cada um deve agir segundo uma estimação habitual que se pode esperar de toda a gente, das condutas que se pode esperar e mesmo das consequências esperadas das suas condutas, ou mesmo que não serão esperadas condutas diversas e prejudiciais.

⁷⁰ FIUZA, César – *Direito Civil: curso completo*, op. cit., p. 313.

⁷¹ NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro*, op. cit., pp. 150-151.

⁷² PÉREZ, Jesús Gonzáles. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, op. cit., p. 108.

Não obstante a separação feita pela doutrina no princípio da boa-fé, ora vista pelo ângulo da subjetividade, ora pela sua orientação objetiva, quaisquer que sejam os pressupostos com os quais é aplicada, em ambas há uma unidade ética e normativa do significado⁷³. Ou seja, não obstante haja clara diferenciação no modo de considerar a boa-fé, de acordo com o enfoque que podemos dar, ora objetivando a conduta esperada consoante a lealdade e honestidade naturalmente esperadas ou ainda de acordo com situação psicológica do agente, não podemos deixar de considerar, na linha apontada por Edilson Nobre⁷⁴, que, nas duas acepções, estará presente uma noção geral, que consubstancia a dimensão ordenadora do princípio da boa-fé.

Tanto a boa-fé subjetiva, derivada das crenças e do conhecimento ou ignorância do agente, quanto a boa-fé objetiva, como norma que se destina a regular o comportamento dos contratantes, recebem a devida proteção do ordenamento jurídico.

No primeiro caso a atuação em erro sobre elemento essencial do contrato levará ao desfazimento do avençado, caso demonstrada a boa-fé subjetiva na situação concreta. Da mesma forma, no segundo caso, a boa-fé objetiva será protegida, ao se esperar dos contratantes a atuação segundo um padrão de honestidade, retidão e lealdade e na consideração dos legítimos interesses do outro contratante. No caso concreto, caberá ao magistrado estabelecer a conduta que deveria ter sido adotada pelas partes envolvidas na celebração do contrato. Uma vez estabelecido tal modelo pelo julgador, deverá ser feito o confronto com o comportamento efetivamente realizado. Havendo contrariedade entre o que se esperava da conduta do contratante e a respectiva conduta efetivamente praticada, a mesma deverá ser considerada ilícita por violação à cláusula da boa-fé⁷⁵.

Como a boa-fé corresponde a conceito fortemente indeterminado⁷⁶, somente no caso concreto é que seria possível a integração do princípio da boa-fé com os valores e argumentos envolvidos, de modo a compor os elementos necessários para se obter uma decisão⁷⁷ na matéria posta em discussão, mediante o processo de ponderação entre os interesses envolvidos.

⁷³ NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro*, op. cit., p. 151.

⁷⁴ NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro*, op. cit., p. 151.

⁷⁵ GONGALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, v. III: contratos e atos unilaterais*, op. cit., pp. 36-37.

⁷⁶ CORDEIRO, Antônio Menezes. *A boa-fé nos finais do século XX*, op. cit., p. 902.

⁷⁷ Idem

4 Princípio da legalidade

4.1 Antecedente histórico

Historicamente, podemos perceber facilmente que milhares de vidas foram perdidas na luta dos povos para que fosse implantado o governo das leis ou Estado de Direito⁷⁸, em contraposição ao antigo regime absolutista que vigorou na Europa até o advento das revoluções liberais e se configurava como governo de pessoas, sujeitas à falibilidade própria da raça humana.

Essa era a principal fraqueza do sistema administrativo vigente no Estado Absoluto⁷⁹, segundo o qual o modo de administrar depende da vontade do monarca, não havendo previsibilidade na forma de gestão, o que leva inexoravelmente a favoritismos na tomada de decisões por parte do administrador, já que estas não são praticadas através de normas estabelecidas previa e democraticamente, como se dá no Estado de Direito. A realização da administração sem ter por base a existência de normas estabelecidas anteriormente gera tensões sociais.

Como enunciou Montesquieu, a virtude não é princípio do governo monárquico. Apesar de não estar dele excluída, certamente não é o seu motor⁸⁰, uma vez que a ordem é mantida pela força das leis. No governo despótico é o braço sempre erguido do príncipe⁸¹ quem a mantém. A contenção da pressão por meio de leis fortes impostas pelo monarca ou do braço forte do princípio tornou o caldeirão social instável, ocasionando as revoluções liberais que originaram o Estado de Direito, fundado na Lei.

Por essa razão, o Estado liberal clássico foi marcado por uma rígida delimitação dos poderes de intervenção na esfera jurídica privada⁸². O entendimento então em vigor era o de que a lei não deveria levar em consideração as diferentes posições sociais, já que a finalidade

⁷⁸ Cfr. OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Lisboa: Editora Almedina, 2003, p. 45: “Sem prejuízo da possibilidade de se contruir uma pré-história do princípio da legalidade administrativa anterior ao liberalismo, fazendo-se até remontar à formulação aristotélica da superioridade da lei em termos fundamentadores da preferência de um governo de leis sobre um governo de homens, o certo é que o princípio da legalidade é um produto directo da filosofia inspiradora do movimento liberal.”

⁷⁹ AMARAL, Diogo Freitas do – *Curso de direito administrativo*. 3ª ed., 1º v. Coimbra: Almedina, 2010, p. 67.

⁸⁰ MONTESQUIEU. Charles de Secondat, Barão de - *O espírito das leis*, tradução Cristina Murachco, São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 35-36.

⁸¹ MONTESQUIEU. Charles de Secondat, Barão de - *O espírito das leis*, op. cit., p. 38.

⁸² MARINONI, Luiz Guilherme – *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 29.

era de dar tratamento igualitário às pessoas, no sentido formal. O que garantiria a liberdade individual era justamente esse tratamento igualitário.

No âmbito da atividade jurisdicional, dizia Montesquieu⁸³ que o julgamento deveria ser apenas um “texto exato da lei”, pois de outra forma constituiria “uma opinião particular do juiz”, o que faria com que a vida em sociedade ocorresse sem se saber previamente os compromissos assumidos pelos cidadãos. Para ele, existiam três espécies de governos: o republicano, o monárquico e o despótico⁸⁴.

Ao sairmos de um regime anterior absolutista, a ideia que se teve inicialmente era a de que a obtenção da igualdade decorreria da observação estrita das leis sem o julgador imprimir opiniões particulares, resultando assim do texto exato da lei.

Como aponta Luís Roberto Barroso, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastando-se da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça, tendo dominado o pensamento jurídico na primeira metade do século XX, sendo sua decadência associada à derrota dos regimes fascista na Itália e nazista na Alemanha, que promoveram barbáries sob a proteção da legalidade⁸⁵.

Desde o advento do Estado de Direito, surgido após a eclosão das revoluções liberais (onde os cidadãos passaram a titularizar direitos que podem ser invocadas em face do próprio Estado), o princípio da legalidade age como um limitador da atuação estatal, impedindo o mesmo de invadir as esferas jurídicas dos particulares sem a existência de uma lei prévia emanada da atividade legislativa⁸⁶.

Essa limitação está presente em todas as esferas da atuação estatal, inclusive na jurisdicional, sendo o julgador limitado, via de regra, pelo princípio da legalidade. Apenas em

⁸³ Apud MARINONI, Luiz Guilherme – *Técnica processual e tutela dos direitos*, op. cit., p. 29.

⁸⁴ Apud OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, op. cit., p. 47: “MONTESQUIEU distingue três modelos: (i) o despotismo, o qual se caracteriza pelo facto de um único governar com ausência de lei ou de quaisquer regras, tudo dependendo da sua vontade e de seus caprichos; (ii) monarquia, verificando-se que aqui um único governa, isto apesar de se encontrar sujeito a leis fixas e estáveis; (iii) a república, observando-se neste âmbito que o povo no seu todo ou apenas em parte tem poder soberano, fazendo suas leis.”

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*, in Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, nº 60, 2008, pp. 140.

⁸⁶ AMARAL, Diogo Freitas do – *Curso de direito administrativo*. op. cit., p. 70.

situações concretas e quando o princípio da legalidade entrar em colisão com outro princípio de maior relevância é que pode ser deixado de lado em caráter excepcional.

Vale lembrar ainda a lição de Montesquieu⁸⁷, segundo a qual a exigência de separação entre os poderes constituídos, além de servir à aplicação prática do princípio da legalidade, propicia a condição essencial para a defesa das liberdades. Isso se dá, como aponta Paulo Otero porque se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo ou executivo, haverá perda da liberdade dos cidadãos⁸⁸.

4.2 Conceito atual

Em razão da liberdade negocial, costuma ser dito pela doutrina jurídica que, na atividade privada, pode-se fazer tudo aquilo que não for proibido, ao contrário do que ocorre na atividade administrativa, onde só se pode fazer aquilo que for legalmente permitido⁸⁹. Colaço Antunes ensina, todavia, que as coisas não são assim tão simples, nem tão dicotômicas, sendo a vida dos sujeitos públicos e privados mais rica do que a doutrina por regra suspeita⁹⁰.

No âmbito privado, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade⁹¹ que corresponde ao art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789⁹², que foi resultado da Revolução Francesa ocorrida naquele ano.

A autonomia da vontade não é aplicável no âmbito do direito administrativo, em razão de o vínculo que liga a Administração à lei ser mais forte do que aquele existente entre a lei e o comportamento dos particulares. Enquanto se pode dizer que a relação entre os particulares

⁸⁷ Apud OTERO, Paulo *Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, op. cit., p. 48.

⁸⁸ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, op. cit., p. 48.

⁸⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de – *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 950.

⁹⁰ COLAÇO ANTUNES, Luís Filipe. *A ciência jurídica administrativa*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 253.

⁹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – *Direito Administrativo*, op. cit., p. 65.

⁹² Art. 4º DDHC. “a liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que os que asseguram aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites somente podem ser estabelecidos em lei.”

é de não contradição à lei, no direito público vigora a relação de subordinação à lei⁹³, na medida em que a Administração Pública somente poder fazer o que a lei autoriza, sendo limitada ainda no modo de atuação, já que fica ainda condicionada a agir somente de acordo e quando for a autorização dada⁹⁴.

De acordo com o princípio da legalidade, a Administração Pública está presa aos mandamentos legais em toda sua atividade⁹⁵, não podendo dele se afastar sem que os atos fiquem à margem do ordenamento jurídico, sujeitando-se à invalidação dos atos praticados⁹⁶ e à responsabilização do agente público que agir em desconformidade com a lei.

Como aponta Fernanda Marinela⁹⁷, o princípio da legalidade é base do Estado Democrático de Direito, garantindo que os conflitos de interesse sejam resolvidos por meio da lei. Enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é elemento essencial de qualquer Estado, o princípio da legalidade se mostra específico do Estado de Direito⁹⁸.

Hoje, notadamente após os trabalhos do alemão Robert Alexy e do norte-americano Ronaldo Dworking, que teorizaram a diferenciação normativa das regras e princípios, a partir da dimensão de peso ou valor presente apenas nessa última espécie normativa, pode-se afirmar que o princípio da legalidade não é mais absoluto, já que eventualmente pode ter de ceder em face de outro princípio que tenha mais peso em uma determinada situação concreta, mediante ponderação dos direitos ou bens jurídicos em jogo.

Colaço Antunes leciona⁹⁹ que atualmente, quando se faz referência à subordinação da Administração à lei, isto quer dizer que a ela está sujeita a um bloco normativo composto por normas constitucionais, pelo direito internacional, por leis ordinárias e regulamentos, razão pela qual a doutrina vem substituindo o termo *princípio da legalidade* pela expressão *princípio da juridicidade*.

⁹³ MARINELA, Fernanda – *Direito Administrativo*, 4ª edição, Niteroi: Impetus, 2010, p. 31.

⁹⁴ GASPARINI, Diogenes – *Direito Administrativo*. 16.ª ed, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61

⁹⁵ Cfr. GASPARINI, Diogenes – *Direito Administrativo*, op. cit., p. 62, segundo o qual: “observe-se que o princípio da legalidade não incide só sobre a atividade administrativa. É extensivo às demais atividades do Estado”

⁹⁶ GASPARINI, Diogenes - *Direito Administrativo*, op. cit, p. 61.

⁹⁷ MARINELA, Fernanda – *Direito Administrativo*, op. cit., p. 30

⁹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de – *Curso de direito administrativo*, op. cit., pp. 99-100.

⁹⁹ COLAÇO ANTUNES, Luís Filipe. *A ciência jurídica administrativa*. op. cit., p. 224.

O pós-positivismo surgiu então como uma resposta à superação histórica do jusnaturalismo e ao fracasso político do positivismo, abrindo caminho, nas palavras de Luís Roberto Barroso, a um conjunto amplo e inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e interpretação, buscando ir além da legalidade estrita, mas não desprezando o direito posto¹⁰⁰.

Isso resulta, nas palavras de Paulo Otero, em um “aprofundamento de um modelo de Estado de Direito material, enquanto Estado de juridicidade”¹⁰¹, que não poderia deixar de levar em consideração no seu funcionamento o referencial axiológico e teleológico da criação do próprio direito. Tal ideia se contrapõe à de um simples Estado de Direito formal com base liberal, onde o rigor à observância estrita das normas postas pode levar ao desvirtuamento do sistema e da própria finalidade a que as mesmas são destinadas.

O princípio da legalidade, como aponta Jesús Gonzáles Pérez, ao referir outros autores, pode aparecer como uma objeção à aplicação do princípio da boa-fé¹⁰². Entretanto, o mencionado doutrinador espanhol leciona que a cobertura legal prévia condiciona *ab initio* a legalidade da atuação administrativa, porém não esgota a totalidade dessa atuação¹⁰³.

De acordo com Fabio Merusi, responsável por grande evolução no âmbito do estudo da boa-fé, a aplicação do mencionado princípio ocorreria de forma integrativa com a correta ponderação entre o interesse público e a confiança, sem, contudo, colidir com o princípio da legalidade, já que operaria dentro do seu espectro¹⁰⁴.

Como aponta Marcello Caetano, o princípio da legalidade tem limites, sendo que a existência do Direito Administrativo não implica que haja uma ordem que subordine toda a atividade estatal à mera execução de leis¹⁰⁵. Para ele, a legalidade total é inviável, sendo que a atividade do estado decorre em parte de atividades em um plano não jurídico, seja sob o julgo de imperativos de ordem política ou mesmo técnica.

¹⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*, op. cit., p. 141.

¹⁰¹ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, op. cit., p. 23.

¹⁰² PÉREZ, Jesús Gonzáles. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, op. cit., P. 51

¹⁰³ Idem, p. 53

¹⁰⁴ *Apud* LOPES, Pedro Moniz *Princípio da boa fé e decisão administrativa: estrutura e operatividade na discricionariedade conferida por normas habitantes*, op. cit., p. 216.

¹⁰⁵ CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, 10ª ed, Coimbra: Almedina, 1991, p. 30.

Nesse diapasão, é oportuna a citação de Moncada que nos traz a lição de que, enquanto critério geral de ponderação, a solução encontrada mediante a aplicação do princípio da boa-fé, não raro, poderá afrontar aquela que poderia ser retirada estritamente do texto da lei¹⁰⁶.

Apesar de não ser absoluto, o princípio da legalidade é dos que gozam de maior peso, sabendo-se que não existe uma tabela predeterminada onde possa ser verificado o peso de cada princípio¹⁰⁷. A razão de o princípio da legalidade ser dos mais relevantes é que ele serve de base ao Estado de Direito, como forma de garantir aos cidadãos que as relações jurídicas serão estabelecidas e terão proteção de acordo com regras estabelecidas previamente e não ao sabor do monarca, como ocorria no antigo regime absolutista¹⁰⁸.

Para Luís Cabral de Moncada, o princípio geral da boa-fé limita o alcance da legalidade administrativa, ao valorizar situações consolidadas. O princípio da legalidade e sua aplicação pela administração e tribunais podem ter de ceder em alguns casos concretos para proteger situações favoráveis aos particulares que atuam de boa-fé¹⁰⁹. Ele prossegue afirmando que, não há, contudo, um modelo geral e homogêneo que nos permita uma orientação segura, razão pela qual nada dispensa um difícil trabalho de ponderação, diante de cada caso concreto, que deve ser feito pela administração e também pelos tribunais¹¹⁰.

Porém, havendo submissão, nos Estados Democráticos modernos, da atividade estatal ao princípio da legalidade, no exercício de qualquer de suas funções, e sendo esse um dos princípios que goza de maior peso dentro do sistema, somente situações excepcionais é que ele poderá ceder diante da ponderação de valores em face de outro que tenha relevância superior em um caso concreto.

¹⁰⁶ MONCADA, Luís Cabral de. *Boa fé e tutela da confiança no direito administrativo*, op. cit., p. 578.

¹⁰⁷ Cfr. LARENZ, Karl - *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. José Lamago, 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 576: “Em caso de conflito, se se quiser que a paz jurídica se restabeleça, um ou outro direito(ou um dos bens jurídicos em causa) tem que ceder até um certo ponto perante o outro ou cada um entre si. A jurisprudência dos tribunais consegue isto mediante uma <<ponderação>> dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o <<peso>> que ela confere ao bem respectivo na respectiva situação. Mas <<ponderar>> e <<sopesar>> é apenas uma imagem; não se trata de grandezas quantitativamente mensuráveis, mas do resultado de valorações que - nisso reside a maior dificuldade - não só devem ser orientadas a uma pauta geral, mas também à situação concreta em cada caso. Que se recorra poia a uma <<ponderação de bens no caso concreto>> é na verdade, como se fez notar, precisamente consequência de que não existe uma ordem hierárquica de todos os bens e valores jurídicos em que possa ler-se o resultado como numa tabela.”

¹⁰⁸ Cfr AMARAL, Diogo Freitas do – *Curso de direito administrativo*. op. cit., p. 66 onde fica registrado como principal aspecto político do Estado Absoluto a vontade do Rei como lei suprema.

¹⁰⁹ MONCADA, Luís Cabral de. *Boa fé e tutela da confiança no direito administrativo*, op. cit., p. 611.

¹¹⁰ Idem.

Como aponta Didier¹¹¹, há situações em que os textos jurídicos existentes não apresentam soluções claras, caso sejam aplicados de forma puramente dedutiva, não bastando o conhecimento do direito vigente para a solução de tais casos de difícil resolução, denominados de *hard cases ou casos difíceis*¹¹², entendidos como aqueles que comportam mais de uma solução possível e razoável.

A situação em que uma regra deixa de ser aplicada por entrar na rota de colisão com um princípio deve ocorrer apenas em situações excepcionais, e levando em consideração uma situação concreta. Para que isso ocorra deverá tal solução ser encontrada por meio da técnica da ponderação¹¹³, que é o meio utilizado pelo intérprete para se chegar a resposta da aparente colisão dos interesses em jogo, onde deverão fazer concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa, sendo que, no limite, deverá optar por um deles, que deverá então prevalecer na situação concreta, segundo o balanceamento dos pesos dos princípios e consoante a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Se uma regra vale, deve ser aplicada. Sua invalidade somente ocorrerá (retirando-a do ordenamento jurídico) mediante aplicação dos critérios a) hierárquico, quando deve ser aplicada a que for superior (*lex superior derogat legi inferiori*); b) de acordo com o cronológico, onde valerá a norma mais nova, que revoga a mais antiga (*lex posterior derogat legi priori*) e c) o critério da especialidade que indica que a norma específica derroga a geral¹¹⁴ (*lex specialis derogat legi generali*).

Havendo uma regra que determina um comando positivo de permissão ou de proibição, ou ainda que seja tomada alguma conduta, sem que haja qualquer conflito de validade com outra regra existente (ocasião em que o conflito deveria ser resolvido no âmbito de validade da regra pelos critérios da hierarquia, da especialidade ou ainda do cronológico), não será possível que se retire a regra do ordenamento jurídico, ou mesmo que ela deixe de

¹¹¹ DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11ª ed., 1º v., Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 71.

¹¹² BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*, op. cit., p. 148.

¹¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*, op. cit., pp. 147.

¹¹⁴ NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro*, op. cit., p. 51.

ser aplicada de forma generalizada, em qualquer caso, com base na aplicação do princípio da boa-fé.

Tal providência se mostra ainda mais clara se a própria regra a ser retirada do sistema, por entrar em rota de colisão com o princípio da boa-fé, já se constituir em uma regra especial e que já traz tratamento diferenciado em razão da boa-fé do agente. Ou seja, se o próprio legislador já levou em consideração o princípio da boa-fé, adicionando cláusula de exceção no texto legal, não haverá razão para o interprete, atuando na função jurisdicional do Estado venha a deixar de desaplicá-la.

4.3 Preferência de lei e reserva de lei

Pedro Moniz Lopes assinala¹¹⁵ que, atualmente, o princípio da legalidade ao qual está submetido à administração atualmente decorre de basicamente dois postulados¹¹⁶:

a) de preferência ou primazia de lei, como condição de transmissão de validade a uma decisão concreta tomada pelo administrador e pressuposto de que a referida decisão surta efeitos jurídico, servindo como um limitador material do conteúdo da decisão administrativa, que terá de se adequar ao que estiver contido na norma jurídica que tem por base. Como aponta Hartmut Maurer¹¹⁷ a atuação deve ser realizada conforme a lei sob o aspecto positivo e, em sentido contrário, sob a ótica negativa, não devem ser tomadas medidas que infriam as leis.

b) de reserva de lei, que indica que a atuação estatal deverá estar pautada em normas previamente estabelecidas pelo poder democrático (legitimamente constituído), não operando somente no aspecto formal, mas também em relação à finalidade da decisão a ser tomada, já que deverá visar a prossecução do interesse público.

¹¹⁵ LOPES, Pedro Moniz – *Princípio da boa fé e decisão administrativa: estrutura e operatividade na discricionariedade conferida por normas habitantes*, op. cit., pp. 150-152.

¹¹⁶ Nesse sentido COLAÇO ANTUNES, Luís Filipe. *A ciência jurídica administrativa*. op. cit., p. 225: “No início da era constitucional, o princípio da legalidade, através da tipicidade do poder administrativo, foi o grande fator do nascimento do direito administrativo ao subordinar a organização e, sobretudo, a atividade administrativa a regras jurídicas, mais exatamente à lei que nessa altura correspondia às normas emanadas pelo Parlamento. Como a Administração passou a obedecer à lei, o princípio da legalidade manifestava-se em dois subprincípios: o princípio da reserva de lei e o princípio do primado da lei.”

¹¹⁷ MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*, tradução Luís Afonso Heck, Barueri: Manole, 2006, p. 121

Vale frisar, contudo, que a existência do princípio da legalidade, como pedra basilar da administração pública, não implica na inexistência de liberdade por parte do administrador, havendo em certas condições discricionariedade administrativa, ocasião em que o exercício do ato decorrerá de conveniência e oportunidade, dentro da esfera da legalidade. Deverão, contudo ser retirados da ordem jurídica os atos arbitrários que forem praticados fora dos limites previstos na norma jurídica.

A boa-fé consistirá em limite ao exercício do poder discricionário, uma vez que, havendo alternativas possíveis na conduta administrativa, deve ser buscada sempre a solução que se pode esperar de uma conduta leal, honesta e verdadeira da Administração¹¹⁸.

Em conclusão, não há também prevalência absoluta do princípio da legalidade, que pode em situações excepcionais ter de ceder em face de outro princípio que tenha maior peso em um caso concreto. Ocorrendo essa hipótese, que deverá ser excepcional, o princípio de maior peso deverá prevalecer numa situação concreta, como será tratado adiante, ao tratarmos do conflito aparente entre regra e princípio.

5 Moralidade administrativa e supremacia do interesse público

O princípio da boa-fé está presente em diversas Constituições modernas, a exemplo do que ocorre que a CRP, que no artigo 266.º, nº 2¹¹⁹ estabelece que “os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé”.

A ideia geral de tornar autônomo o princípio da boa-fé, como aponta Freitas do Amaral¹²⁰, foi satisfazer a necessidade urgente de propiciar um clima de confiança e previbilidade no âmbito da Administração Pública.

¹¹⁸ MONCADA, Luís Cabral de. *Boa fé e tutela da confiança no direito administrativo*, op. cit., p. 581.

¹¹⁹ LOPES, Pedro Moniz – *Princípio da boa fé e decisão administrativa: estrutura e operatividade na discricionariedade conferida por normas habitantes*, op. cit., pp. 212-213.

¹²⁰ AMARAL, Diogo Freitas do – *Curso de direito administrativo*. 2ª ed., op. cit., p. 147.

Ainda que não esteja expressamente previsto no ordenamento constitucional brasileiro, em uma norma positivada, pode ser extraído implicitamente de outros princípios expressos, notadamente no princípio da moralidade administrativa¹²¹. Como assinalado anteriormente, a boa-fé é um princípio geral de direito e como tal existe independentemente de sua previsão expressa em uma norma jurídica positiva¹²².

A CRFB, ao regular a atividade da administração, estabelece em seu artigo 37 que “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”¹²³.

A base constitucional do princípio da boa-fé, no âmbito do direito público brasileiro, pode ser extraída do princípio da segurança jurídica¹²⁴ e do princípio da moralidade administrativa, entendido este último princípio como uma norma geral de conduta que determina que a atuação da administração e dos particulares deve se realizar de forma leal e honesta, segundo os padrões esperados do homem comum.

A exigência de atuação segundo o princípio da moralidade, de certa forma, está ligada umbilicalmente à exigência de atuação segundo o princípio da boa-fé, que deve permear a relação entre os particulares e entre esses e a administração pública, no exercício de suas diversas funções (executiva, jurisdicional e legislativa). A atuação desviada da boa-fé, ou seja, com má-fé, ensejará infração a uma norma jurídica e/ou normal moral.

Apesar da autonomização do princípio geral da boa-fé, não se pode negar a relação que o mesmo tem com o princípio da moralidade, uma vez que uma conduta que se afaste do padrão esperado de lealdade e honestidade do homem comum, vivendo em sociedade, inexoravelmente contrariará tanto o princípio da boa-fé como o da moralidade, que recebe

¹²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – *Direito Administrativo*, op. cit., p. 88.

¹²² PÉREZ, Jesús Gonzáles. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, op. cit., p. 118.

¹²³ A CRFB em seu art. 5º. Inciso LXXIII prevê ainda, como meio de resguardar a moralidade administrativa, que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público.

¹²⁴ A base constitucional do princípio da boa-fé no direito brasileiro está ligada ao princípio da segurança jurídica, valendo notar contudo que a lição segunda a qual os referidos princípios são distintos. Cfr *Boa fé e tutela da confiança no direito administrativo*, op. cit., p. 596: “Como se dizia, da boa fé deve distinguir-se criteriosamente a situação em que a estabilidade do acto ou do contrato deve ser garantida não por o particular estar de boa fé mas por razões de segurança jurídica. Agora não releva a bondade do particular mas a necessidade de garantir a estabilidade de certas situações em nome da tutela da confiança e isto mesmo que o particular não esteja de boa fé.”

especial proteção no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive por meio de estabelecimento de ação constitucional, denominada ação popular prevista no art. 5º, inciso LXXIII da CRFB, para fazer cessar ato lesivo que atente contra a moral administrativa e cause dano ao patrimônio público.

Di Pietro nos lembra que no direito civil a regra moral se imiscuiu na esfera jurídica por meio da doutrina do não locupletamento à custa alheia¹²⁵, valendo ressaltar que o princípio da moralidade deve ser observado tanto pelo administrador quanto pelo particular no relacionamento com a administração¹²⁶.

Para Moncada¹²⁷, a boa-fé justifica que os *valores fundamentais do direito*¹²⁸ devem ser levados em consideração em cada caso concreto, no sentido de que a aplicação do princípio deve modelar a atuação administrativa fazendo com que os mencionados valores sejam privilegiados.

A questão da locupletação à custa alheia é questão central do presente estudo, já que deve ser levada em consideração junto com os demais princípios envolvidos para solução da matéria posta em exame, qual seja: da aplicação da boa-fé como óbice à devolução das quantias recebidas indevidamente do Estado, que tem sido utilizada de forma bastante generalizada por diversos tribunais brasileiros.

Nesse ponto, como veremos adiante, temos vários princípios em jogo e que devem ser levados em consideração: o da legalidade, da proteção da confiança, da moralidade, da supremacia do interesse público, entre outros. Se uma pessoa recebe alguma coisa ou bem que não lhe pertence, está obrigada tanto pelas normas jurídicas como pelas regras de conduta moral a restituir a coisa ao seu legítimo dono.

¹²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – *Direito Administrativo*, op. cit., p. 77.

¹²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – *Direito Administrativo*, op. cit., p. 79.

¹²⁷ MONCADA, Luís Cabral de. *Boa fé e tutela da confiança no direito administrativo*, op. cit., p. 577.

¹²⁸ A expressão *valores fundamentais do direito* encontra-se no artigo 6º-A, n. 2 do CPA:

“Artigo 6º-A

Princípio da boa fé

1 - No exercício da actividade administrativa e em todas as suas formas e fases, a Administração Pública e os particulares devem agir e relacionar-se segundo as regras da boa fé.

2 - No cumprimento do disposto nos números anteriores, devem ponderar-se os valores fundamentais do direito, relevantes em face das situações consideradas, e, em especial:

- a) A confiança suscitada na contraparte pela actuação em causa;
- b) O objectivo a alcançar com a actuação empreendida. “

O mesmo ocorre no âmbito do direito público, quando algum servidor público, ativo, aposentado ou pensionista recebe valores que não lhe era devidos, ou por erro da administração ou por meio de uma decisão judicial provisória que é posteriormente cassada em sede de julgamento de recurso por uma instância superior.

Se de um lado a norma moral obriga a administração a atuar de forma previsível, com clareza das normas jurídicas, publicidade e transparência dos atos dos poderes públicos, também obriga os particulares, sejam eles servidores públicos ou não a atuar com observância do princípio da boa-fé objetiva, ou seja, segundo o padrão de atuação que era esperado para uma pessoa comum em situação semelhante.

Faz parte do senso comum¹²⁹ que se uma pessoa recebe alguma coisa ou bem que não lhe pertence estará obrigada a devolvê-la ou restituí-la ao legítimo proprietário, principalmente quando tem conhecimento de quem é o verdadeiro dono do objeto o qual veio a ser investido na posse, mesmo que de boa-fé. Mais ainda subsistirá tal obrigação quando a pessoa proprietária do bem é o próprio Estado, como ente personificado que tem por finalidade a realização do bem comum.

O Estado desenvolve atividades administrativas visando o bem da coletividade. Ainda que haja um interesse imediato na atuação estatal, a razão mediata da atuação do Estado é o interesse público. Nesse ponto, podemos perceber que a aplicação do princípio da boa-fé deve ser modulada pelo princípio da supremacia do interesse público¹³⁰.

O princípio geral da boa-fé objetiva, nesse caso, deverá ser aplicado em conjugação com o princípio da supremacia do interesse público, de modo que o interesse individual em jogo seja levado em consideração ao lado do interesse público coletivo(que deve operar nas relações entre os particulares e o Estado), por meio da ponderação dos interesses envolvidos

¹²⁹ Sobre o senso comum e o fundamento da autoridade da lei, conferir a lição de JOHN LOCKE citado por OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, op. cit., p. 55: “é no consenso da sociedade que se alicerça o fundamento e a autoridade da lei, enquanto expressão da maioria de uma assembleia que traduz um acto de totalidade”.

¹³⁰ Cfr. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. op. cit., p. 35: “Desse modo, não é indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social num todo. Saindo da era do individualismo exacerbado, o Estado passou a caracterizar-se como *Welfare State*(Estado/bem-estar), dedicado a atender ao interesse público. Logicamente, as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público”.

na situação concreta para definir qual deve prevalecer, consoante aplicação do princípio da proporcionalidade.

Como aponta Jorge Miranda¹³¹, o princípio da proporcionalidade se decompõe em três subprincípios, sendo eles: o da adequação ou idoneidade, da necessidade e da racionalidade, também nominado de proporcionalidade em sentido estrito: a) a adequação se consubstancia na existência de um meio adequado ou idôneo para o atingimento da finalidade pretendida; b) a necessidade do meio indica que, entre as várias opções possíveis que poderiam ser escolhidas, a utilizada deve ser a que gera mais benefício a um custo menor e c) proporcionalidade em sentido estrito que, nas palavras do mencionado autor, corresponde à justa medida de modo que o órgão proceda a uma correta avaliação da providência de modo que ela não fique nem além nem aquém do necessário para se atingir a finalidade pretendida.

O interesse público que está diretamente ligado ao patrimônio público faz com que o mesmo seja indisponível, e a Constituição Brasileira institui diversos mecanismos visando a proteção dessa indisponibilidade, dentre os quais podemos elencar a imprescritibilidade das ações de ressarcimento (art. 37, §5º¹³²) e a impossibilidade de usucapião de bem público (art. 183, §3º¹³³), dentre outros exemplos.

Foquemos na usucapião, pois traz uma análise interessante quanto à análise do princípio da boa-fé quanto à devolução do bem público. No direito brasileiro, conceitua-se usucapião, em linhas gerais, como sendo meio de aquisição da propriedade em razão do decurso do tempo na detenção da posse de um bem.

Para que ocorra a hipótese autorizativa da usucapião ordinária, prevista no art. 1.242 do Código Civil Brasileiro, consta como requisito da boa-fé para aquisição da propriedade. Mas, mesmo atuando de boa-fé, e consoante os padrões de lealdade e honestidade esperados de uma pessoa comum, por se tratar de bem público, a Constituição brasileira não considera válida a usucapião neste caso que tenha o mesmo por objeto.

¹³¹ MIRANDA Jorge – *Manual de Direito Constitucional*, op. cit., p. 284.

¹³² “CRFB.

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”

¹³³ CRFB Art. 183. “§ 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.”

Neste norte, registre-se a impossibilidade de aquisição de bens públicos por meio de usucapião acima citada prevista na CRFB e repetida no art. 102 do CCB que estabelece que “os bens públicos não estão sujeitos a usucapião”, traz uma situação análoga da aplicação do princípio da boa-fé em relação à devolução do bem público.

Isso demonstra que o componente psicológico do indivíduo (boa-fé subjetiva) e a atuação segundo o padrão de conduta leal e honesta esperada de uma pessoa comum não pode se sobrepor ao interesse público de preservação do patrimônio coletivo.

6 Aplicação do princípio da Boa-fé em outros ramos do direito

6.1 A boa-fé no direito civil

Menezes Cordeiro ensina ¹³⁴ que a cisão entre direito público e privado somente ganhou forma escrita com o jusliberalismo e as codificações civis decorrentes, sendo que, no momento anterior, havia entrelaçamento das normas de direito privado e público, com ambas sendo interseccionadas pela boa-fé. Os institutos civis positivados tiveram por centro o comportamento contratual das partes, com interpretação dos atos efetivados e observância da liberdade e igualdade, em contraposição à idade de soberania que está impregnada no Direito público.

Dessa forma, fica claro que antes mesmo de estar presente no direito público, é no direito civil que o princípio da boa-fé se mostra com maior vitalidade, atuando principalmente como limitador da liberdade contratual ao estabelecer uma obrigação contratual de respeito à boa-fé objetiva: os contratantes devem agir de acordo com os padrões esperados de correção e lealdade, correspondendo à confiança reciprocamente considerada.

Em terras brasileiras, a norma civil que determina a observância da boa-fé na celebração dos contratos encontra-se no art. 422 do Código Civil brasileiro, segundo o qual

¹³⁴ CORDEIRO, Menezes, *Da boa fé no direito civil*, op. cit., pp. 373-374.

“os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

Tal disposição é regulada ainda por uma cláusula geral prevista no art. 113 do CCB que estabelece a regra segundo a qual os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e dos usos do lugar de sua celebração. De acordo com Maria Helena Diniz¹³⁵, o princípio da boa-fé objetiva está intimamente ligado não somente à interpretação do negócio jurídico, já que, conforme esse princípio geral da boa-fé, o sentido literal da linguagem não deverá prevalecer sobre a real intenção contida na declaração de vontade das partes, uma vez que as partes devem agir com lealdade, retidão e probidade no curso das negociações preliminares, na formação, na execução e extinção do contrato.

Pablo Stolze indica¹³⁶, na mesma linha trilhada por Maria Helena Diniz, que no Direito brasileiro as fases pré e pós-contratuais também recebem proteção jurídica, não obstante o art. 422 do CCB estabelecer que a boa-fé deve ser observada na conclusão e execução do contrato, uma vez que o princípio da boa-fé está presente no referido Código como uma cláusula geral, que incide mesmo antes e após¹³⁷ a execução do contrato.

Para o mencionado autor, apesar da imperfeição da redação atual do Código Civil Brasileiro, é possível afirmar, com base no macroprincípio da dignidade da pessoa humana, que a boa-fé deve ser observada tanto na fase anterior como na fase posterior à celebração e execução do cumprimento do contrato¹³⁸, no âmbito do Direito Civil brasileiro para regular a atividade negocial, levando-se em consideração também a função social do contrato.

No âmbito do Direito Português, tal norma está prevista no artigo 227º do Código Civil Português a qual dá proteção contratual à boa-fé ao estabelecer que “quem negocia

¹³⁵ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 155.

¹³⁶ STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, volume IV, tomo 1: contratos, 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 77.

¹³⁷ Cfr. STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, op. cit., p. 79, que traz elucidativo exemplo sobre aplicação da boa-fé em momento pós contratual: “O proprietário de um imóvel vendeu-o e o comprador o adquiriu por este ter uma bela vista sobre um vale muito grande, construindo ali uma bela residência, que valia seis vezes o valor do terreno. A verdade é que o vendedor gabou a vista e aí fez a transferência do imóvel para o comprador – negócio acabado. Depois, o ex-proprietário, o vendedor foi à prefeitura municipal, verificou que não havia a possibilidade de construir um prédio em frente, mas adquiriu o prédio em frente ao que tinha vendido e conseguiu na prefeitura a alteração do plano diretor da cidade, permitindo ali uma construção. Quer dizer, ele construiu um prédio que tapava a vista do próprio terreno que havia vendido ao outro – esse não era ato literalmente ilícito. Ele primeiramente vendeu, cumpriu a sua parte. Depois, comprou outro terreno, foi à prefeitura, mudou o plano, e aí construiu. A única solução para o caso é aplicar a regra da boa-fé. Ele faltou com a lealdade no contrato já acabado. É, portanto, *post pactum finitum*.”

¹³⁸ STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, op. cit., p. 78.

com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”.

Conforme a redação do texto legislativo português, notadamente o citado art. 227º do CCP, permite-se sem maiores dificuldades afirmar que a fase pré contratual é devidamente protegida no ordenamento lusitano, de modo que, quando há investimento na confiança, mesmo em momento anterior a celebração do contrato, uma parte pode vir a ser acionada para, por exemplo, ressarcir os gastos que a outra realizou de acordo com a justa expectativa na celebração de contrato.

Na Alemanha, o BGB¹³⁹, o Código Civil alemão promulgado em 24 de agosto de 1896 para ter vigência a partir de 1º de janeiro de 1900 no § 242 estabelece que o devedor tem o dever de agir de acordo com o que for exigido pela boa-fé, levando em consideração as práticas correntes.

A aplicação do princípio da boa-fé no direito alemão tem atualmente seu primeiro campo de aplicação no que respeita à alteração das circunstâncias no âmbito dos contratos, notadamente naquelas que foram motivadas pela reunificação do país¹⁴⁰ ocorrida entre o final dos anos de 1980 e início da década seguinte: em princípios dos anos 1990. Como ressalta Menezes Cordeiro, na Alemanha reunificada, a boa-fé encontra, no campo do direito civil, um largo apelo no domínio da lei sobre cláusulas contratuais gerais¹⁴¹, além dos casos que extravasaram as aplicações clássicas do princípio em decorrência do processo de reunião dos países separados após a segunda grande guerra.

Edilson Nobre, citando Karl Larenz, indica que o mencionado autor realçou a percepção do princípio da boa-fé desenvolvendo-o em uma tríplice direção¹⁴²: a) a primeira acepção, no campo da aplicação tradicional a indica como um mandamento, endereçado ao devedor, no sentido de que cabe a este o cumprimento da obrigação; b) em outro sentido, o § 242 do BGB traz prescrição voltada ao credor, que deve exercitar o direito correspondente, agindo na forma da confiança que lhe foi emprestada pela outra parte; c) sua terceira acepção

¹³⁹ NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro*, op. cit., p. 97.

¹⁴⁰ CORDEIRO, Antônio Menezes. *A boa-fé nos finais do século XX*, op. cit., p. 888.

¹⁴¹ CORDEIRO, Antônio Menezes. *A boa-fé nos finais do século XX*, op. cit., p. 889.

¹⁴² NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro*, op. cit., p. 100.

percebe a boa fé como destinada a todos os participantes da relação jurídica, de modo a se pautarem de acordo com a exigência de uma consciência honrada, atentando-se ao sentido e à finalidade da relação jurídica celebrada.

Apesar do princípio da boa-fé estar presente na França desde o Código Napoleônico, no seu artigo 1134, III, tradicionalmente naquele país sua aplicação foi muito escassa¹⁴³, sendo que apenas recentemente é que o referido dispositivo legal tem alcançado uma concretização crescente em território francês. Isso não impediu, contudo, que fossem alcançados resultados semelhantes aos esperados pela aplicação do princípio geral da boa-fé, mediante a utilização de outros institutos, como no caso da vedação das cláusulas abusivas que geram desequilíbrio significativo e na previsão da responsabilidade precontratual¹⁴⁴.

Como aponta César Fiuza, anteriormente já citado, o princípio da boa-fé objetiva, presente nos contratos, assume principalmente três funções essenciais: interpretativa, integrativa e de controle¹⁴⁵. Na sua função interpretativa, o princípio orienta que os contratos devem ser interpretados em conformidade com seu sentido aparente, exceto quando o destinatário conhece a vontade real do declarante. Havendo dúvidas em relação ao sentido do contrato, é preferível o significado apontado como mais razoável pelos ditames da boa-fé.

Ainda na função interpretativa, o princípio da boa-fé age como suporte de colmatação para orientação do magistrado¹⁴⁶ indicando que norte deve seguir quando precisar, em um caso concreto, integrar lacunas existentes na legislação. Em uma situação específica em que o magistrado precise se socorrer de meios para suprir eventual lacuna existente na lei, deverá se servir do princípio da boa-fé para resolver a controvérsia surgida, levando em consideração que o princípio geral deve sempre permear as relações negociais, no espectro de atuação do direito civil.

A função integrativa do princípio da boa-fé indica que os deveres, poderes e faculdades são integrados pelo princípio da boa-fé.

A função de controle é relacionada com as limitações à liberdade contratual estabelecida pelo princípio da boa-fé, atuando como controlador da autonomia da vontade

¹⁴³ CORDEIRO, Antônio Menezes. *A boa-fé nos finais do século XX*, op. cit., p. 891.

¹⁴⁴ CORDEIRO, Antônio Menezes. *A boa-fé nos finais do século XX*, op. cit., pp. 891-892.

¹⁴⁵ FIUZA, César – *Direito Civil: curso completo*, op. cit., p. 313.

¹⁴⁶ STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, op. cit., p. 70.

com o escopo de se evitar abuso de direito¹⁴⁷. O desenvolvimento econômico deve ser buscado sem que ocorra desvalorização da pessoa humana, atuando aqui o princípio da boa-fé como delimitador de direitos subjetivos, evitando-se abusos na formação de contratos. As cláusulas contratuais que atentarem contra a função social do contrato e a boa-fé objetiva serão assim consideradas abusivas e por esse motivo deverão ser declaradas como inválidas nas situações concretas.

Na mesma vertente, assinala Carlos Roberto Gonçalves, segundo o qual o princípio da boa-fé protege uma parte contra a outra que pretender exercer uma posição jurídica contraditória em relação a um comportamento anteriormente assumido, funcionando no caso como um limitador da liberdade contratual, evitando a ocorrência de abuso de direito. O referido autor cita o exemplo do credor que, concordando com a realização dos pagamentos periódicos em lugar e tempo diverso do convencionado no contrato, não pode surpreender o devedor com exigência literal do avençado¹⁴⁸. A boa-fé do devedor em realizar os pagamentos na forma posteriormente aceita pelo devedor servirá como um limitador, não sendo exigível o cumprimento do que ficou pactuado, após a realização dos pagamentos de forma diversa.

Pablo Stolze relaciona¹⁴⁹ ainda outra função do princípio da boa-fé no âmbito do direito civil: a função criadora dos deveres jurídicos anexos ou de proteção.

No âmbito de relação negocial, o princípio da boa-fé atuará como fundamento normativo da criação de deveres jurídicos anexos ou de proteção da referida relação, entre quais podemos relacionar principalmente: o dever de lealdade e confiança, dever de informação, de assistência¹⁵⁰.

- a) O dever de lealdade pressupõe o estabelecimento de relação fundada na transparência e verdade, com a devida correspondência entre a vontade manifestada e a conduta praticada.
- b) O dever de assistência ou cooperação relaciona-se com a obrigação assumida pelos contratantes de colaborar para o correto cumprimento da sua prestação principal;

¹⁴⁷ FIUZA, César – *Direito Civil: curso completo*, op. cit., p. 313.

¹⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto - *Direito civil brasileiro, v. III: contratos e atos unilaterais*, op. cit., p. 40.

¹⁴⁹ STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, op. cit., p. 69.

¹⁵⁰ STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, op. cit., pp. 70-73.

- c) O dever de informação, que decorre do dever de lealdade, está relacionado com a obrigação moral e jurídica dar conhecimento à outra parte todas as características e circunstâncias do negócio e do próprio bem jurídico objeto da negociação.

De acordo com Antunes Varela¹⁵¹, os deveres acessórios de conduta estão hoje genericamente assegurados entre os portugueses, na extensa área das obrigações, pelo princípio geral previsto no art. 762.º, n. 2 do CCP, que estabelece expressamente que “no cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé.”

Como nos lembra Jesús Gonzáles Pérez, o artigo 7 do Código Civil espanhol estabelece que os direitos deverão ser exercitados conforme as exigências da boa fé¹⁵², registrando-se contudo que o mencionado princípio não se limitava ao contido no mencionado Código, mas era propagado por outras normas que tinham a mesma concepção e perseguia a mesma finalidade.

6.2 A boa-fé no direito tributário

Em matéria fiscal, o princípio da segurança jurídica opera de modo bastante acentuado, uma vez que é exigida transparência na tributação, o que possibilita ao particular, de maneira antecipada, saber qual imposto irá incidir sobre determinado produto ou transação que o mesmo irá realizar, incluindo nessa previsão o seu aspecto quantitativo, que deverá ser conhecido previamente pelos contribuintes.

Como dito anteriormente, a segurança jurídica, por sua vez, está mais relacionada com elementos objetivos da ordem jurídica, como a garantia de estabilidade jurídica e segurança

¹⁵¹ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*. 10ª. ed. Coimbra: Almedina, v. I, 2000, p. 125.

¹⁵² Cfr. PÉREZ, Jesús Gonzáles. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, op. cit., p. 25: “<<Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigências de la buena fe>>. Con esta fórmula, quedaba consagrado el principio de buena fe en el apartado 1 del artículo 7 del Código civil, en la redacción dada a su Título preliminar por la reforma de 1974.”

na realização do direito, como aponta o Professor Gomes Canotilho¹⁵³ em sua obra que estuda o Direito Constitucional.

Manuel Pires e Rita Calçada Pires indicam que no âmbito do direito tributário exige-se também a proteção da confiança¹⁵⁴, que está mais ligada aos elementos subjetivos da segurança, notadamente na calculabilidade e previsibilidade dos efeitos jurídicos dos atos do poder público em relação aos cidadãos¹⁵⁵. Nessa vertente específica do direito fiscal, a proteção da confiança irá englobar a não retroatividade da lei tributária, tornando previsível a atuação estatal, que, para cobrar um determinado imposto, terá de se basear em uma lei promulgada previamente.

A atuação estatal, ao criar tributos ou ainda majorá-los, não poderá ser caótica¹⁵⁶, com modificações legislativas frequentes que dificultem a compreensão das normas fiscais e retirem a estabilidade mínima que deverá estar presente no sistema de tributação, como forma de tornar previsível a ocorrência de cobrança de tributos.

A aplicação do princípio da boa-fé, em sede de direito fiscal, deve permear a atividade não somente do fisco, como ente estatal responsável pela execução da política fiscal, mas do próprio legislador que, ao elaborar as leis em matéria de tributação, seja majorando impostos ou criando novas obrigações para o contribuinte, deverá buscar manter um mínimo de estabilidade, de modo a não tornar imprevisível a atuação do Estado.

Hugo Machado nos ensina¹⁵⁷ que em razão de a lei ser a manifestação da vontade do povo, por meio de seus representantes nos parlamentos, deve-se entender que o fato de o tributo ser instituído em lei, significa que o tributo é consentido, valendo esse consentimento para autorizar que o Estado invada o patrimônio dos contribuintes para retirar o necessário para realização das necessidades coletivas. E mesmo não sendo a lei, em alguns casos, expressão da vontade popular, o princípio da legalidade irá se prestar para garantir a segurança das relações do particular com o estado.

O tributo devidamente criado por lei, como uma obrigação geral imposta a todos que se encontram na sua respectiva hipótese de incidência, recebe a proteção do princípio da

¹⁵³ CANOTILHO, J. J. Gomes - *Direito constitucional e teoria da constituição*, op. cit., p. 250.

¹⁵⁴ Cfr. PIRES, Manuel ; PIRES, Rita Calçada— *Direito fiscal*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 119-120.

¹⁵⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, op. cit., p. 250.

¹⁵⁶ Cfr. PIRES, Manuel ; PIRES, Rita Calçada— *Direito fiscal*, op. cit., pp. 119-120.

¹⁵⁷ MACHADO, Hugo de Brito – *Curso de direito tributário*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 40.

legalidade, com o elemento basilar do Estado de Direito moderno, que precisa de fundos para persecução de seus objetivos, entre eles o de atendimento das necessidades comuns do povo, como a saúde e a segurança pública.

Se de um lado o particular é protegido, no Estado de Direito moderno, pelo princípio da legalidade, uma vez que a atuação do estado deverá estar pautada no que está contido na norma jurídica positivada; de outra banda, o próprio Estado recebe proteção do mencionado princípio, já que poderá exigir do particular aquilo que for democraticamente estabelecido em lei, inclusive em matéria fiscal, pelos representantes do povo nos parlamentos e assembleias legislativas.

Vale frisar ainda que, no âmbito do direito português, ao se tratar do princípio da colaboração, que opera no âmbito do direito fiscal, vigora o princípio da presunção da boa-fé, conforme se pode observar do que está disposto no artigo 59º da LGT e indica presumir-se a boa fé da atuação dos contribuintes e da administração tributária. Ou seja, a partida, deve ser presumida a boa-fé tanto do contribuinte como da própria administração fiscal.

A boa-fé do contribuinte, contudo, não deve se ater somente ao estado psicológico, no espectro da subjetividade. Ao contrário, a boa-fé do contribuinte, que a legislação presume, indica que seu comportamento deve corresponder àquela conduta de acordo com a lealdade e honestidade habitualmente esperada de um homem comum, de acordo com o princípio da boa-fé objetiva.

A Lei Geral Tributária, vigente em Portugal, prevê em seu artigo 37º, n. 1, que os benefícios fiscais podem ser constituídos por meio de contrato fiscal, estabelecendo ainda no n.2 do mesmo dispositio legal que outros contratos sejam celebrados entre a Administração e o contribuinte, sempre com respeito pelos princípios da legalidade, da igualdade, da boa fé¹⁵⁸ e da indisponibilidade do crédito tributário.

¹⁵⁸ Cfr. PIRES, Manuel ; PIRES, Rita Calçada– *Direito fiscal*, op. cit., p. 110.

PARTE II

Devolução dos valores pagos indevidamente pelo Estado

1. Situação atual da jurisprudência brasileira

Para o entendimento da atual situação da aplicação do princípio da boa-fé pelos tribunais brasileiros, como justificativa para não devolução de valores recebidos do Estado de forma indevida, necessário se faz tecer um pequeno esboço de como está organizado o Poder Judiciário do Brasil, quais os julgados irão interessar ao estudo da matéria em análise e de quais tribunais.

No Brasil, diversas matérias são tratadas por órgãos especializados do Poder Judiciário, como:

a) os tribunais e juízes que compõem a Justiça Eleitoral, responsáveis pelo julgamento das ações judiciais relacionadas com as eleições para escolha dos representantes do povo, eleitos para mandato nos poderes executivo e legislativo;

b) os tribunais e juízes da Justiça do Trabalho, que têm competência para conhecer dos conflitos de interesses surgidos no seio das relações laborativas, entre empregadores e empregados.

c) os tribunais e juízes da Justiça Militar, que são responsáveis pela atividade jurisdicional do Estado no que respeita à disciplina militar, tanto das forças armadas quanto da polícia respectiva.

Para tratar das demais matérias, existe a Justiça Comum Estadual composta pelos juízes de direito e pelos Tribunais de Justiça (havendo um em cada Estado) e a Justiça Comum Federal formada pelos juízes federais e pelos Tribunais Regionais Federais (que atualmente são em número de 5 (cinco)¹⁵⁹), criados por força do art. 27, §6º do ADCT¹⁶⁰ e cuja jurisdição abrange mais de um Estado brasileiro.

Em linhas gerais, à Justiça Federal comum cabe a competência para processar e julgar as causas entre os particulares e a União, suas Autarquias e Fundações de direito público. A

¹⁵⁹ SILVA, José Afonso da – *Curso de direito constitucional positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 574.

¹⁶⁰ A Emenda Constitucional nº 73/2013 incluiu o §11 no art. 27 do ADCT, criando mais 4(quatro) Tribunais Regionais Federais, ainda não instalados: “o da 6ª Região, com sede em Curitiba, Estado do Paraná, e jurisdição nos Estados do Paraná, Santa Catarina e Mato Grosso do Sul; o da 7ª Região, com sede em Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais, e jurisdição no Estado de Minas Gerais; o da 8ª Região, com sede em Salvador, Estado da Bahia, e jurisdição nos Estados da Bahia e Sergipe; e o da 9ª Região, com sede em Manaus, Estado do Amazonas, e jurisdição nos Estados do Amazonas, Acre, Rondônia e Roraima.”

Justiça Estadual comum tem competência para apreciar as ações judiciais decorrentes de conflito de interesses entre particulares ou entre esses e os demais entes federativos (quando não integrarem a lide ou houver interesse da União, e os respectivos entes autárquicos e fundacionais).

Os dispositivos legais brasileiros que interessam ao estudo, os quais indicam que os valores recebidos indevidamente devem ser restituídos aos cofres públicos, estão contidos no art. 46 da Lei Federal nº 8.112/1990 (que trata dos servidores públicos federais), e no art. 115, inciso II da Lei 8.213/1991 (que trata das aposentadorias e pensões do Regime Geral de Previdência Social).

No que respeita à questão dos servidores públicos federais, as ações judiciais questionando a aplicação do art. 46 da Lei Federal nº 8.112/1990 envolvem necessariamente interesse da União e de suas Autarquias e Fundações de direito público, razão pela qual serão processadas e julgadas pela Justiça Federal comum, o que denota a relevância para o presente estudo do entendimento que os Tribunais Regionais Federais brasileiros têm dado à matéria, aliado ao entendimento do STJ e STF.

Com relação à aplicação do art. 115, inciso II da Lei 8.213/1991, da mesma forma, por tratar necessariamente de matéria que envolve Autarquia Federal, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, responsável pela concessão e manutenção de benefícios previdenciários, as ações judiciais que envolverem questionamentos ao referido dispositivo serão processadas e julgadas pela Justiça Federal comum¹⁶¹, sendo também relevante para o presente estudo o entendimento que os TRFs brasileiros têm dado à matéria bem como do STJ e STF.

O Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, recentemente, após a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que incluiu o §3º no art. 102 da CRFB e criou o requisito da repercussão geral para análise dos recursos extraordinários a ele submetidos, proferiu acórdão em 16/06/2011 no julgamento do AI 841.473 RG/RS¹⁶², através

¹⁶¹ Onde não houver Vara Federal, as ações poderão ser movidas na Justiça Estadual comum, no uso da competência federal delegada (art. 109, §4º da CRFB), sendo que o recurso será dirigido ao TRF respectivo (art. 109, §4º da CRFB).

¹⁶² Cfr. Acórdão STF no AI 841473 RG / RS, Plenário, rel. Min. Cezar Peluso, DJe 168 publicado em 01/09/2011: Ementa: “RECURSO. Agravo de instrumento convertido em Extraordinário. Inadmissibilidade deste. Valores pagos indevidamente. Administração pública. Restituição. Beneficiário de boa-fé. Tema infraconstitucional. Precedentes. Ausência de repercussão geral. Recurso extraordinário não conhecido. Não

de sua composição plenária, definindo que a questão relativa à aplicação do art. 115, inciso II da Lei 8.213/1991 não tem repercussão geral, tratando-se de matéria infraconstitucional, sendo inviável se conhecer do mérito da matéria naquela Corte. Tal entendimento tem sido reafirmado pelos órgãos fracionários do Supremo Tribunal Federal brasileiro, conforme se pode verificar das decisões proferidas pela 1ª e 2ª Turmas respectivamente, no julgamento do AI-AgR 808263¹⁶³ e ARE 645042 AgR / RS¹⁶⁴, segundo as quais aquela Corte não têm enfrentado a matéria por entender se tratar de tema infraconstitucional.

No que tange à matéria dos servidores públicos e na possibilidade de devolução dos valores recebidos de boa-fé, o STF tem acenado de forma idêntica, afirmando que a discussão calcada no art. 46 da Lei 8.112/1990 tem índole infraconstitucional, não ensejando a interposição de Recurso Extraordinário para aquele tribunal. Para ilustrar tal entendimento, pode-se citar o precedente proferido no julgamento do AI-AgR 794759¹⁶⁵, valendo ressaltar

apresenta repercussão geral recurso extraordinário que, tendo por objeto o dever de o beneficiário de boa-fé restituir aos cofres públicos os valores que lhe foram pagos indevidamente pela administração pública, versa sobre tema infraconstitucional.”

¹⁶³ Cfr. Acórdão STF no AI-AgR 808263, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, DJe 178 publicado em 15/09/2011: Ementa: “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PAGAMENTO A MAIOR. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE PELO SEGURADO AO INSS. ART. 115 DA LEI 8.213/91. IMPOSSIBILIDADE. BOA-FÉ. NATUREZA ALIMENTAR. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RESERVA DE PLENÁRIO. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL 1. A violação constitucional dependente da análise do malferimento de dispositivo infraconstitucional encerra violação reflexa e oblíqua, tornando inadmissível o recurso extraordinário. 2. In casu, não houve violação ao princípio da reserva de plenário, conforme a tese defendida no presente recurso, isso porque a norma em comento (art. 115 da Lei 8.213/91) não foi declarada inconstitucional nem teve sua aplicação negada pelo Tribunal a quo, ou seja, a controvérsia foi resolvida com a fundamento na interpretação conferida pelo Tribunal de origem a norma infraconstitucional que disciplina a espécie. Precedentes: Rcl. 6944, Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, Dje de 13.08.2010; RE 597.467-AgR, Primeira Turma, Dje de 15.06.2011 AI 818.260-AgR, Segunda Turma, Dje de 16.05.2011, entre outros. 3. Agravo desprovido.”

¹⁶⁴ Cfr. Acórdão STF no ARE 645042 AgR / RS, 2ª Turma, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 104 publicado em 29/05/2012: Ementa: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO DA APOSENTADORIA. RESTITUIÇÃO DE VALORES RECEBIDOS DE BOA-FÉ PELA PARTE BENEFICIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO IMPROVIDO. I – Os Ministros desta Corte, no AI 841.473-RG/RS, Rel. Ministro Presidente, manifestaram-se pela inexistência de repercussão geral do tema versado nos presentes autos – devolução de valores recebidos de boa-fé pela parte beneficiária – ante a natureza infraconstitucional do tema, decisão que vale para todos os recursos sobre matéria idêntica. II – Agravo regimental improvido.”

¹⁶⁵ Cfr. Acórdão STF no AI-AgR 794759, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, DJe 088, publicado em 12/05/2011: EMENTA: PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEVOLUÇÃO DE VERBAS PAGAS EM DUPLICIDADE. ARTIGOS 5º, II, XXXV, LIV, LV; 37, CAPUT, E 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282 DO STF. OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. ARTIGO 46 DA LEI Nº 8.112/90. OFENSA REFLEXA. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. Os requisitos de admissibilidade consistentes na regularidade formal, na impugnação específica das razões recorridas, no prequestionamento e na ofensa direta à Constituição Federal, quando ausentes, conduzem à inadmissão do recurso interposto. 2. In casu, trata-se de recurso especial decidido à luz da legislação infraconstitucional, verbis, ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. VIOLAÇÃO AO ART. 46

que naquele julgado, o tribunal deixou registrado que era cabível o desconto dos valores indevidamente recebidos pelo servidor por erro da Administração.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, até o advento da Emenda Regimental nº 14, de 05 de dezembro de 2011, publicada no DJe de 19/12/2011, as causas de natureza previdenciária eram julgadas pela 3ª Seção, composta pela reunião dos ministros integrantes da 5ª e 6ª Turmas daquela corte superior brasileira, sendo que as causas envolvendo servidores públicos eram julgadas pela 1ª Seção composta pela reunião dos ministros que compunham a 1ª e 2ª Turmas do colegiado.

Assim, a questão relativa à devolução dos valores recebidos de forma indevida era tratada por órgãos diferentes do STJ, quer se tratasse de discussão de causa envolvendo servidor público(1ª Seção) ou benefícios previdenciários do RGPS(3ª Seção).

DA LEI Nº 8.112/90. INEXISTÊNCIA DE COMANDO CAPAZ DE ALTERAR O ACÓRDÃO RECORRIDO.

1. É descabida a devolução de valores indevidamente recebidos pelos servidores em face de errônea interpretação ou má aplicação da lei pela Administração Pública, desde que constatada a boa-fé do beneficiário. 2. É cabível o desconto em folha dos valores indevidamente recebidos pelo servidor, quando não se tratar de errônea interpretação ou má aplicação da lei, mas sim de erro da Administração, consubstanciado no pagamento em duplicidade de vantagem, como na hipótese dos autos de pagamento da GAE Gratificação de Atividade Executiva, em duplicidade nos meses de setembro e outubro de 2005, voltando à normalidade em novembro. 3. A controvérsia sobre a devolução de valores pagos em duplicidade, por erro da administração, calcada no artigo 46 da Lei 8.112/90 é matéria de índole infraconstitucional, por isso que eventual ofensa à Constituição opera-se de forma indireta, circunstância que inviabiliza a admissão do recurso extraordinário. Nesse sentido: O Ai 662.168/RJ, rel. Min. Joaquim Barbosa, Dje 23.11.2010 e o RE 567.681-AgR/RJ, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, Dje 08.05.2009. 4. É que não cabe recurso extraordinário por ofensa ao princípio da legalidade quando necessária a revisão da interpretação conferida a textos normativos infraconstitucionais [Súmula nº 636/STF]. Verbis, “Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.” 5. Deveras, a ofensa ao devido processo legal, art. 5º, LIV e art. 5º, II, da Constituição Federal, se ocorresse, seria reflexa, uma vez que a violação direta seria às normas processuais. (AI 427.186-AgR/DF, Rel. Min. CARLOS VELLOSO). 6. O artigo 93 da CF não resta violado porquanto o juiz não está obrigado a julgar a questão posta a seu exame conforme o pleiteado pelas partes, podendo fazê-lo conforme o seu livre convencimento, utilizando - se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso. (iura novit curia) 7. No caso, sub iudice, verifica-se a ausência de debate, na instância recorrida, sobre os dispositivos constitucionais, artigos 5º, II, XXXV, LIV, LV; 37, caput, e 93, IX, da Constituição Federal, cuja violação se alega no recurso extraordinário, o que atrai a incidência da Súmula 282 do STF. 282 - É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada na decisão recorrida, a questão federal suscitada. 8. As alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, circunstância que não viabiliza o acesso à instância extraordinária [AI n. 238.917-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 20.10.00]. 9. Configura princípio básico da disciplina dos recursos o dever que tem o recorrente de impugnar as razões da decisão atacada, por isso que deixando de fazê-lo, resta ausente o requisito de admissibilidade consistente na regularidade formal que determina, com fundamento no § 1º do artigo 317 do RISTF, o não-conhecimento do recurso interposto. Precedentes: RE n. 583.833-AgR, Relator o Ministro JOAQUIM BARBOSA, 2ª Turma, Dje de 1.10.10; AI n. 744.581-AgR, Relatora a Ministra ELLEN GRACIE, 2ª Turma, Dje de 21.5.10; RE n. 458.161-AgR, Relator o Ministro EROS GRAU, 2ª Turma, DJe de 1.1.08; AI n. 615.634-AgR, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, 2ª Turma, DJ de 18.12.06; AI n. 585.140-AgR, Relator o Ministro GILMAR MENDES, 2ª Turma, DJ de 6.6.06. 10. Agravo regimental desprovido.

Ainda sob a competência da 3ª Seção, tratando de matéria previdenciária, o STJ firmou o precedente no julgamento do AgRg nos EREsp 993725¹⁶⁶, que cuida da questão da devolução de valores recebidos com base em provimento jurisdicional provisório que foi posteriormente revogado, no sentido da irrepetibilidade, quando em jogo verba de natureza alimentar e presente a boa-fé do administrado.

Depois de unificada a competência para tratar das questões relativas aos servidores públicos e às causas previdenciárias, no âmbito da 1ª Seção, pela Emenda Regimental nº 14/2011, o Superior Tribunal de Justiça analisou a aplicação do art. 46 da Lei 8.112/1990 no julgamento do recurso repetitivo representativo da controvérsia REsp 1.244.182 / PB¹⁶⁷, sob a relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, onde chegou a conclusão de que não é cabível a devolução quando o pagamento a maior se dá com base em interpretação equivocada de lei.

O precedente jurisprudencial referido, REsp 1.244.182 / PB, contém limitação de conteúdo no sentido de que a não devolução das verbas somente deve ocorrer quando o pagamento a maior se dá com base em interpretação equivocada de lei, ou seja, no mesmo sentido do que se encontra contido na Súmula nº 34 da Advocacia-Geral da União que dispõe que: "Não estão sujeitos à repetição os valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, em decorrência de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da Administração Pública" e na Súmula 249 do Tribunal de Contas da União.

¹⁶⁶ Cfr. Acórdão STJ no AgRg nos EREsp 993725 / RS, STJ, 3ª Seção, rel. Min. Felix Fischer, DJe 02/02/2009: Ementa: "AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO PARADIGMA. RECONSIDERAÇÃO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. INEXISTÊNCIA. I - Não há divergência a ser sanada na via dos presentes embargos, se a decisão apontada como dissonante foi posteriormente reconsiderada. PREVIDENCIÁRIO. TUTELA ANTECIPADA. REVOGAÇÃO. RESTITUIÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE. BOA-FÉ DO SEGURADO. HIPOSSUFICIÊNCIA. NATUREZA ALIMENTAR DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. SÚMULA 168/STJ. APLICAÇÃO. II - Na espécie, cuida-se da irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé por segurado hipossuficiente, em razão de tutela antecipada posteriormente revogada. Entendimento conforme à orientação jurisprudencial desta e. Corte Superior. Aplicação da Súmula nº 168/STJ. Agravo regimental desprovido."

¹⁶⁷ Cfr. acórdão STJ no REsp 1244182 / PB, STJ, 1ª Seção, rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 19/10/2012, RSTJ vol. 228 p. 139: Ementa: "ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. ART. 46, CAPUT, DA LEI N. 8.112/90 VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE POR INTERPRETAÇÃO ERRÔNEA DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO. BOA-FÉ DO ADMINISTRADO. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC. 1. A discussão dos autos visa definir a possibilidade de devolução ao erário dos valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, quando pagos indevidamente pela Administração Pública, em função de interpretação equivocada de lei. 2. O art. 46, caput, da Lei n. 8.112/90 deve ser interpretado com alguns temperamentos, mormente em decorrência de princípios gerais do direito, como a boa-fé. 3. Com base nisso, quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público. 4. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido a regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ. 5. Recurso especial não provido."

Apesar disso, tem sido utilizado pelas 1ª e 2ª Turmas do STJ para afastar a devolução de valores recebidos a maior por erro da administração, e não necessariamente em decorrência de interpretação errônea de lei realizada pela Administração, conforme podemos verificar do julgamento do AgRg no AREsp 172517 / SC¹⁶⁸ e AgRg no REsp 1360468 / PE¹⁶⁹.

Uma vez demonstrado, ainda que rapidamente, o entendimento que vem sendo esposado pelo STJ na questão, calha trazer ao debate o entendimento dos Tribunais Regionais Federais brasileiros.

Na 1ª Região, a matéria não está pacificada, principalmente no que tange à percepção indevida de valores com base em decisão judicial provisória que vem a ser posteriormente reformada. No julgamento do Agravo de Instrumento - AG nº 200901000604359¹⁷⁰ aquela corte entendeu que era devida a devolução dos valores recebidos indevidamente nessa

¹⁶⁸ Cfr. Acórdão STJ no AgRg no AREsp 172517 / SC, STJ, 1ª Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 14/11/2012: Ementa: “ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE. ERRO DA ADMINISTRAÇÃO. BOA-FÉ DO SERVIDOR. DEVOLUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO QUE DÁ PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DO SERVIDOR. MANUTENÇÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A Corte Especial, por ocasião do julgamento do Recurso Especial 1.244.182/PB, pelo rito previsto no art. 543-C do Código de Processo Civil (Recursos Repetitivos), firmou o entendimento no sentido de que, ‘quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público’ (REsp 1.244.182, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Seção, DJe 19/10/12). 2. Agravo regimental não provido.”

¹⁶⁹ Cfr. Acórdão STJ no AgRg no REsp 1360468 / PE, STJ, 2ª Turma, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 01/07/2013: Ementa: “ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PAGAMENTO A MAIOR DE VERBA REMUNERATÓRIA. EQUÍVOCO DA ADMINISTRAÇÃO. RECEBIMENTO DE BOA-FÉ. REPETIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não há falar em repetição de verba remuneratória paga a maior por equívoco da administração, e recebida de boa-fé pelo servidor público. 2. Agravo regimental não provido.”

¹⁷⁰ Cfr. Acórdão TRF da 1ª Região no AG 200901000604359, rel. Desembargador Federal Francisco de Assis Betti, e-DJF1 26/03/2013 p.964: Ementa: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. VERBA RECEBIDA EM DECORRÊNCIA DE DECISÃO JUDICIAL NÃO CARACTERIZA BOA-FÉ. CONSEQUÊNCIA NATURAL DO PROVIMENTO JURISDICIONAL DEFINITIVO QUE DESACOLHEU A PRETENSÃO VERTIDA. LEGALIDADE DA REPOSIÇÃO AO ERÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. 1. O entendimento deste Tribunal e do egrégio Superior Tribunal de Justiça, quanto à devolução dos valores percebidos de boa-fé por servidores públicos, nos casos que resultarem de equívoco da Administração e para os quais não houve participação do beneficiário, é no sentido de que não há necessidade de ressarcimento. 2. Contudo, tal entendimento não se aplica ao caso em exame. Conforme se depreende dos autos, o agravado participou ativamente na percepção dos valores. Verifica-se que Administração efetuava o pagamento dos valores por força de decisão judicial, que posteriormente perdeu sua eficácia, a referida circunstância descaracteriza a boa-fé. Precedentes: (AMS 2006.38.00.013788-7/MG, Rel. Desembargadora Federal Neuza Maria Alves Da Silva, Segunda Turma, e-DJF1 p.129 de 08/07/2010) e (MS 2008.01.00.040005-1/MG, Rel. Desembargador Federal Francisco De Assis Betti, Primeira Seção, e-DJF1 p.101 de 16/11/2009). 3. O alicerce jurídico que legitimava a percepção dos valores deixou de existir. Condição que impõe a repetição do indébito por parte do agravado. 4. Agravo de instrumento provido, a fim de autorizar a União a exigir a reposição ao erário dos valores recebidos por força de decisão judicial.”

situação. Em sentido contrário pode-se referir a decisão proferida pelo referido tribunal no julgamento da Apelação Cível – AC 200538000077665¹⁷¹, que trata da mesma matéria.

No âmbito da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, tem-se entendido que deve haver a devolução dos valores recebidos por erro da administração, mesmo que o servidor público beneficiário esteja de boa-fé, conforme se pode verificar do resultado do julgamento da Apelação/Rexame necessário nº 201251010060224¹⁷².

Tratando de matéria previdenciária, o TRF da 3ª região tem decisões no sentido da não devolução dos valores recebidos em decorrência de medida antecipatória que vem a ser

¹⁷¹ Cfr. Acórdão TRF da 1ª Região na AC 200538000077665, 2ª Turma, rel. Juíza Federal convocada Cláudia Oliveira da Costa Tourinho Scarpa, e-DJF1 17/08/2012 p. 333: Ementa: “PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA E APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. DIVERGÊNCIA ENTRE LAUDO PERICIAL OFICIAL E LAUDO DO ASSISTENTE, CORROBORADO POR DOCUMENTOS APRESENTADOS APÓS A PROLAÇÃO DA SENTENÇA. APELAÇÃO PROVIDA. TUTELA REVOGADA. 1. “Dada a relevância da questão social que envolve a matéria e considerando, ainda, o caráter instrumental do processo, com vistas à realização do direito material, deve-se compreender o pedido, em ação previdenciária, como o de obtenção do benefício previdenciário ou assistencial a que tem direito a parte autora, independentemente de indicação da espécie de benefício ou de especificação equivocada deste” (TRF/4a R. - AC nº 2001.71.01.000609-3/RS, 5a T., Rel. Desembargador Federal Celso Kipper). 2. Havendo divergência entre o laudo oficial e o do assistente da autarquia previdenciária, mas estando este último corroborado por documentos juntados após a prolação da sentença, que demonstram fatos supervenientes capazes de influenciar o deslinde do feito, há que ser acolhido o laudo do assistente, pois as provas produzidas devem ser examinadas em conjunto. 3. Possibilidade de exame de fatos supervenientes pelo juízo ad quem. 4. Incapacidade comprovada apenas nos períodos em que a autora percebeu benefícios previdenciários concedidos administrativamente. Improcedência do pedido inicial. 5. Tutela antecipada revogada, não havendo, entretanto, que se falar em devolução de valores percebidos em virtude do caráter alimentar da verba e da boa-fé do segurado. 5. Apelação e remessa oficial providas.”

¹⁷² Cfr. Acórdão TRF da 2ª Região na APELRE 201251010060224, 5ª Turma, rel. Desembargador Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, E-DJF2R 29/05/2013: Ementa: “ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PAGAMENTO INDEVIDO EFETUADO AO SERVIDOR. POR ERRO DA ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE DÚVIDA PLAUSÍVEL SOBRE A INTERPRETAÇÃO, VALIDADE OU INCIDÊNCIA DA NORMA INFRINGIDA. POSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES, AINDA QUE TENHA HAVIDO BOA-FÉ DO SERVIDOR. NECESSIDADE DE COMUNICAÇÃO PRÉVIA DO DESCONTO. ART. 46 DA LEI 8.112/90. 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que seria incabível a devolução de valores percebidos por servidor público de boa-fé, por força de interpretação errônea, má aplicação da lei ou erro da administração. 2. No entanto, a existência de boa-fé do servidor público não é capaz de, por si só, tornar indevida a restituição aos cofres públicos de valores pagos indevidamente por erro da Administração Pública. 3. A análise dessa questão deve ser feita à luz dos parâmetros fixados pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança nº 25.641-9/DF (Relator: Ministro Eros Grau. Órgão julgador: Tribunal Pleno. DJ 22/02/2000), no sentido de que a restituição de valores ao erário é indevida quando verificada no caso a presença concomitante: (i) de boa-fé do servidor; (ii) da ausência, por parte do servidor, de influência ou interferência para a concessão da vantagem impugnada; (iii) da existência de dúvida plausível sobre a interpretação, validade ou incidência da norma infringida, no momento da edição do ato que autorizou o pagamento da vantagem impugnada; e (iv) da interpretação razoável, embora errônea, da lei pela Administração Pública. 4. Verifica-se, no presente caso, a inexistência de erro escusável por parte da Administração Pública, ou seja, de dúvida plausível em relação à interpretação da norma, no ato de pagamentos dos valores indevidos, de modo que seria cabível sua restituição. 5. No que se refere à legalidade dos descontos em folha de pagamento, para fins de ressarcimento ao erário, o artigo 46, da Lei nº 8.112/90, exige apenas a prévia comunicação ao servidor da realização dos descontos, o que não significa a necessidade de aquiescência do servidor com o desconto em folha ou de instauração de um prévio procedimento administrativo. 6. Apelação e remessa necessária providas.”

posteriormente revogada, como no acórdão proferido na Apelação Cível - AC 00452084120124039999¹⁷³. Semelhante ao que tem decidido ao tratar da devolução dos valores em pagos de forma equivocada, com base em erro da administração, onde tem acenado com a não devolução em razão da boa-fé do servidor público, como na Apelação/Rexame necessário nº 00346464320114036301¹⁷⁴.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na questão relativa à devolução de valores indevidamente pagos em razão de erro da administração e em decorrência de decisão judicial provisória que foi posteriormente revogada tem eximido o administrado de devolver aos cofres públicos os valores recebidos, em razão da boa-fé, como podemos verificar do teor dos julgamentos proferidos nas Apelações Cíveis –200871000274231¹⁷⁵ e 200971990059852¹⁷⁶,

¹⁷³ Cfr. Acórdão TRF da 3ª Região na AC 00452084120124039999, 10ª Turma, rel. Desembargador Federal Sergio Nascimento, e-DJF3 Judicial 1 de 03/07/2013 Ementa: “PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. ATIVIDADE RURAL NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO IMPLEMENTO ETÁRIO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. DEVOLUÇÃO DAS VERBAS RECEBIDAS A TÍTULO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DESNECESSIDADE. I - Considerando que a autora completou 55 anos de idade em 20.05.2005 e que o labor rural deveria ser comprovado no período anterior a tal data, ainda que de forma descontínua, um dos requisitos externados no artigo 143 da Lei 8.213/91 não foi cumprido, qual seja, o labor rural no período imediatamente anterior ao implemento da idade. II - As prestações recebidas, de boa-fé, por conta de decisão judicial que antecipou os efeitos da tutela, não serão objeto de repetição, ante o seu caráter alimentar. III - Não há condenação da demandante nos ônus da sucumbência, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence). IV- Apelação do INSS e remessa oficial tida por interposta providas.”

¹⁷⁴ Cfr. Acórdão TRF da 3ª Região na APELREEX 00346464320114036301, 1ª Turma, rel. Desembargador Federal José Lunardelli, e-DJF3 Judicial 1 de 14/12/2012: Ementa: “AGRAVO LEGAL. ART. 557. SERVIDOR. RECEBIMENTO INDEVIDO. ERRO DA ADMINISTRAÇÃO. BOA FÉ NO RECEBIMENTO. RESTITUIÇÃO AO ERÁRIO. DESCABIMENTO. O pagamento indevido foi realizado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, afigurando-se incabível a devolução dos valores recebidos de boa-fé, tratando-se de verba de natureza alimentar. O autor não concorreu para o recebimento indevido da verba, de modo que não se mostra razoável atribuir-lhe os ônus decorrentes do desacerto da Administração no pagamento da benesse em comento. O pagamento foi efetuado com base em decisão administrativa que reconheceu o direito dos servidores ao reajuste de 11,98%. Valores recebidos de boa fé são irrepetíveis. Precedentes do STJ. O agravo legal, em especial, visa submeter ao órgão colegiado a legalidade da decisão monocrática proferida, afora isso, não se prestando à rediscussão de matéria já decidida. Agravo legal a que se nega provimento.”

¹⁷⁵ Cfr. Acórdão TRF da 4ª Região na AC 200871000274231, Turma Suplementar, rel. Guilherme Pinho Machado, D.E. 01/03/2010: Ementa: “PREVIDENCIÁRIO. DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE. BOA-FÉ. DESNECESSIDADE. Incabível a devolução de eventuais valores percebidos pela segurada em decorrência de erro administrativo, porquanto trata-se de quantia recebida de boa-fé.”

¹⁷⁶ Cfr. Acórdão TRF da 4ª Região (AC 200971990059852, 6ª Turma, rel. Eduardo Vandrê Oliveira Lema Garcia, D.E. 24/02/2010: Ementa: “PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA/APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE LABORAL. DEVOLUÇÃO OU DESCONTO DOS VALORES RECEBIDOS. NÃO-CABIMENTO. 1. Tratando-se de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença, o Julgador firma a sua convicção, via de regra, por meio da prova pericial. 2. Hipótese em que o perito judicial concluiu no sentido da ausência de incapacidade para o exercício de atividades laborais, não é devido o benefício de auxílio-doença, tampouco o de aposentadoria por invalidez. 3. Não obstante tenha sido revogada a antecipação dos efeitos da tutela, é incabível a restituição dos valores recebidos a tal título, uma vez que foram alcançados à parte autora por força de decisão judicial e auferidos de absoluta boa-fé. Precedentes jurisprudenciais.”

na mesma linha do que vem sendo decidido no âmbito do TRF da 5ª Região, conforme acórdão proferidos na Remessa Ex Officio 00064049120124058400¹⁷⁷ e na Apelação Cível 00038179620124058400¹⁷⁸.

1. Conflito aparente entre princípios e regras

Para entendermos a questão que surge em relação à colisão de princípios, devemos primeiramente trazer à lume alguns elementos básicos de definição de regras e princípios, bem como dos mecanismos que são utilizados na existência de conflito entre regras e a colisão entre princípios.

O conceito de norma engloba basicamente duas modalidades, na linha apontada tanto por Alexy como por Dworkin, sendo elas as regras e os princípios¹⁷⁹. O principal critério proposto para estabelecimento de uma distinção entre regras e princípios é o da

¹⁷⁷ Cfr. Acórdão TRF da 5ª Região na REO 00064049120124058400, 3ª Turma, rel. Desembargador Federal Marcelo Navarro, DJE 03/06/2013, p. 203: Ementa: “ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. PARCELA COMPLEMENTAR DE SUBSÍDIO. ERRO DA ADMINISTRAÇÃO NO PAGAMENTO. REPOSIÇÃO AO ERÁRIO. INEXIGIBILIDADE. BOA-FÉ. VERBA ALIMENTAR. 1. Remessa oficial em face de sentença que concedeu em parte a segurança, “para declarar a nulidade do débito imputado ao impetrante (Notificação nº 077/2012) a título de reposição ao erário das vantagens recebidas indevidamente referentes à rubrica 82487 (parcela complementar do subsídio), bem como que se proceda ao ressarcimento dos valores eventualmente descontados a título de reposição, corrigidos monetariamente e com incidência de juros, na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação conferida pela Lei nº 11.960/2009” (fl. 82). 2. A jurisprudência pátria majoritária tem se consolidado no sentido de considerar inexigível a devolução ao erário de valores recebidos de boa-fé por servidor público, que não pode ser penalizado pelo erro da Administração na realização do pagamento para o qual não concorreu. Precedentes do e. STJ e desta Corte Regional. 3. Ademais, trata-se de verba de caráter alimentar que, por prerrogativa constitucional, goza da chamada irrepetibilidade. 4. Remessa oficial improvida.”

¹⁷⁸ Cfr. Acórdão TRF da 5ª Região na AC 00038179620124058400, 4ª Turma, rel. Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, DJE 31/05/2013, p. 409: Ementa: “ADMINISTRATIVO. MILITAR. VALORES PAGOS POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL POSTERIORMENTE MODIFICADA. REPOSIÇÃO AO ERÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. BOA-FÉ CONFIGURADA. 1. O cerne do presente recurso consiste na possibilidade de condenação do apelado na restituição dos valores recebidos a título de remuneração da Aeronáutica decorrente de transferência para a reserva remunerada, por força de decisão judicial. 2. É descabido à Administração exigir a devolução das verbas pagas em decorrência de decisão judicial que veio a ser modificada, eis que não há como se afastar a presunção de que as mesmas foram percebidas de boa-fé. 3. Ante a necessidade de se preservar os valores supremos do ordenamento jurídico: a segurança jurídica e a certeza do direito e, considerando que os valores em questão foram percebidos de boa-fé, mediante decisão judicial, impõe-se reconhecer a inexigibilidade da restituição ao erário. 4. Apelação improvida.”

¹⁷⁹ BONAVIDES, Paulo – *Curso de direito constitucional*. 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 277.

generalidade¹⁸⁰. Segundo tal critério, será um princípio aquela norma dotada de alto grau de generalidade, ao passo que as regras, têm, entretanto, um grau relativamente baixo de generalidade.

Paulo Bonavides ressalta¹⁸¹ ainda a dimensão do peso ou valor como um dos principais diferenciadores entre regras e princípios, sendo que somente estes últimos possuem dimensão de importância. Segundo o mencionado autor, possivelmente esse é o critério mais seguro para realização da distinção entre essas duas espécies de normas. A existência da dimensão de peso ou importância, como diferença entre regras e princípios encontra lastro na lição de Dworkin, segundo o qual somente os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância¹⁸².

Tanto as regras como os princípios podem ser reunidos no conceito de norma¹⁸³, uma vez que dizem o que deve ser, através de expressões que denotam dever, permissão e proibição. A distinção entre regras e princípios, pode ser definida como uma distinção entre duas espécies de normas¹⁸⁴.

Quando duas regras se acham em situação conflitante, a solução para o problema de sua aplicação será dada no campo da validade da norma¹⁸⁵. Segundo o critério hierárquico, havendo incerteza sobre a regra aplicável, deve ser aplicada a que for superior (*lex superior derogat legi inferiori*); de acordo com o cronológico, a norma mais nova revoga a mais antiga (*lex posterior derogat legi priori*) e o critério da especialidade indica que a norma específica derroga a geral¹⁸⁶ (*lex specialis derogat legi generali*).

Para Dworkin, ou uma regra é válida e, nesse caso, a previsão de conduta que ela fornece deve ser aceita ou então não é válida, não devendo ser seguida e não contribuindo

¹⁸⁰ Cfr. Paulo Bonavides, segundo o qual os demais critérios para distinção poderiam ser enunciados com sendo: o da “determinabilidade dos casos de aplicação”(Esser), o da origem, o da diferenciação entre normas criadas e crescidas(Schuman e Eckhoff), o da explicitação do teor de valoração(Canaris), o da relação com a ideia de Direito (Larenz) ou com a lei suprema do Direito(H.J. Wolff) e ainda o da importância que tem para com a ordem jurídica(Peczenik e Ziembinski).

¹⁸¹ BONAVIDES, Paulo – *Curso de direito constitucional*. op. cit., p. 282.

¹⁸² DWORKIN, Ronald – *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42.

¹⁸³ SILVA, José Afonso da – *Curso de direito constitucional positivo*, op. cit., p. 92.

¹⁸⁴ ALEXY, Robert – *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87

¹⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme – *Técnica processual e tutela dos direitos*, op. cit., p. 173.

¹⁸⁶ NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro*, op. cit., p. 51.

para a decisão a ser tomada¹⁸⁷. É que o ele chama de tudo-ou-nada, como maneira de aplicação das regras nos casos concretos. Para ele, quando duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A solução do conflito será feita ao se definir qual regra é válida e qual regra deve ser abandonada ou reformulada.

Robert Alexy nos lembra¹⁸⁸ que tanto no caso de colisões entre princípios como no caso de conflitos entre as regras, a aplicação das duas normas em jogo, de forma isolada, levaria a resultados inconciliáveis. O que irá diferenciar as regras dos princípios será a forma de solução do conflito.

Nessa senda, não raro, duas normas ao serem aplicadas ao mesmo caso concreto conduzem a soluções incompatíveis entre si. Para Alexy, um conflito entre regras somente pode ser resolvido se uma cláusula de exceção for introduzida, removendo o conflito, ou se uma das regras for declarada nula. Segundo ele uma norma vale ou não valem somente podendo ser aplicada a um caso e surtir consequências jurídicas se for válida¹⁸⁹.

Quando ocorre uma colisão entre princípios, a solução ocorre de forma diversa, de acordo com a dimensão do peso ou valor dos princípios envolvidos. Um dos princípios terá de ceder até certo ponto perante o outro¹⁹⁰, de acordo com a situação concreta, sem que seja necessário que seja decretado como inválido ou que seja introduzida uma cláusula de exceção. Dependendo da situação envolvida e das condições postas, a questão da precedência poderá ser resolvida de forma oposta¹⁹¹.

Esse juízo de ponderação relativo ao peso ou valor dos princípios em jogo é o que permitirá que os princípios tenham efetividade diante de qualquer caso concreto¹⁹². O objetivo da ponderação será definir qual dos interesses que, abstratamente estão no mesmo nível, tem maior peso no caso concreto¹⁹³, não sendo necessário que nenhum dos princípios seja invalidado para que o outro tenha precedência. O princípio com maior peso terá precedência na solução da colisão¹⁹⁴.

¹⁸⁷ DWORKING, Ronald – *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 39.

¹⁸⁸ ALEXY, Robert – *Teoria dos direito fundamentais*. op. cit., p. 92.

¹⁸⁹ BONAVIDES, Paulo – *Curso de direito constitucional*. op. cit., p. 279.

¹⁹⁰ LARENZ, Karl – *Metodologia da Ciência do Direito*, op. cit., p. 575.

¹⁹¹ ALEXY, Robert – *Teoria dos direito fundamentais*. op. cit., p. 93.

¹⁹² MARINONI, Luiz Guilherme – *Técnica processual e tutela dos direitos*, op. cit., p. 173.

¹⁹³ ALEXY, Robert – *Teoria dos direito fundamentais*. op. cit., p. 95.

¹⁹⁴ ALEXY, Robert – *Teoria dos direito fundamentais*. op. cit., p. 94.

Karl Larenz afirma¹⁹⁵ todavia que o ato de ponderar não trata de grandezas que possam ser quantitativamente medidas, mas decorre do resultado de valorações na situação concreta, onde não só uma pauta geral deve ser levada em consideração, mas principalmente a questão específica e peculiar da questão em análise, de modo a serem sopesados os valores dos interesses envolvidos para se determinar o princípio que deve ter precedência em razão do maior peso.

A dificuldade existe porque não há uma ordem hierárquica de todos os bens e valores jurídicos em que se possa ler o resultado em uma tabela¹⁹⁶, tratando-se a ponderação de um método para solução da colisão eventualmente existente no âmbito dos princípios, que, diferentemente das regras, tem uma dimensão valorativa e que deve ser levada em consideração na sua aplicação no caso concreto.

Questão que é essencial ao trabalho em curso é o de saber o que ocorre quando encontramos uma regra que conflita com algum princípio aceito como vigente no ordenamento jurídico, ou pelo menos entra em rota de colisão com o referido princípio.

Como assentado anteriormente, as normas que encerram princípios tem o atributo da generalidade, razão pela qual podemos afirmar *a priori* que a relação existente entre as normas de princípio e as normas de regra é uma relação de especialidade¹⁹⁷, sendo aplicável a norma especial (regra) em face da geral (princípio), consoante aplicação do brocardo *lex specialis derogat lei generali*.

Reis Novais, contudo, afirma¹⁹⁸ que decorre da não enumerabilidade de todas as possíveis exceções às regras que uma regra pode ser válida e aplicável a um determinado caso e mesmo assim ter que ceder na sua aplicação por força da relevância de um princípio, que embora não a integre como uma exceção poderia funcionar no caso concreto como tal.

Para Pedro Moniz Lopes, em uma situação concreta, pode acontecer de a aplicação de uma regra entrar em conflito com um princípio que tenha maior relevância do que a regra

¹⁹⁵ LARENZ, Karl - *Metodologia da Ciência do Direito*, op. cit., p. 575.

¹⁹⁶ LARENZ, Karl - *Metodologia da Ciência do Direito*, op. cit., p. 576.

¹⁹⁷ LOPES, Pedro Moniz – *Princípio da boa fé e decisão administrativa: estrutura e operatividade na discricionariedade conferida por normas habitantes*, op. cit., p. 82.

¹⁹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, op. cit., p. 329.

aplicável¹⁹⁹. (registrando ele traz elucidativo exemplo de como pode ocorrer uma situação concreto de um princípio entrar em conflito com uma regra.²⁰⁰)

Pedro Moniz Lopes, citando Manuel Atienza e Juan Manero indica ²⁰¹que a maioria dos casos jurídicos se solucionam mediante aplicação não controvertida de regras e excepcionalmente pode ocorrer das regras serem desaplicadas quando entrarem na rota de colisão com princípio que tenha maior peso no caso concreto.

Segundo o que já foi afirmado anteriormente, aplicando-se a regra de prevalência, a norma especial deveria naturalmente ter ascendência sobre a norma geral.

Sabendo, entretanto, que excepcionalmente uma regra pode vir a entrar em rota de colisão com um princípio, podemos afirmar que na verdade esse conflito é apenas aparente, já que na realidade a ponderação que ocorrerá no caso concreto será ao nível de princípios que entrarem em colisão.

Como a regras não tem a dimensão do peso ou valor²⁰², será necessário buscar o princípio(ou princípios) no qual se baseia para realizar o balanceamento dos direitos envolvidos e definir qual princípio deverá ceder no caso concreto. Somente em situações excepcionais, o princípio da legalidade, que determina a conformidade das condutas ou decisões às regras aplicáveis²⁰³, poderá ceder em face de outro princípio, ocasião em que uma regra poderá deixar de ser aplicada quando em conflito com um princípio de maior relevância.

¹⁹⁹ LOPES, Pedro Moniz – *Princípio da boa fé e decisão administrativa: estrutura e operatividade na discricionariedade conferida por normas habitantes*, op. cit., pp. 82-83.

²⁰⁰ Cfr. LOPES, Pedro Moniz – *Princípio da boa fé e decisão administrativa: estrutura e operatividade na discricionariedade conferida por normas habitantes*, op. cit., p. 83. “Suponha-se a autovinculação de um órgão administrativo, através de um regulamento interno, à prática de um acto administrativo ilegal(X), mediante determinadas condições factuais(Y). Numa primeira situação, desconhecendo a ilegalidade perpetrada, o órgão administrativo aplica o regulamento interno, praticando, no seguimento da autovinculação, um acto ilegal que beneficia o sujeito A. Numa segunda situação, o sujeito B, tendo conhecimento da prática do referido acto e encontrando-se em condições factuais (Y) substancialmente idênticas às do sujeito A, requer a prática de um acto em tudo igual, não obstante o órgão administrativo já ter conhecimento da ilegalidade da respectiva autovinculação, por violação da regra jurídica Z. A regra Z determinava (suponha-se) que, mediante as condições factuais Y, deveria ser praticado um acto administrativo de indeferimento da pretensão subjetiva. O caso jurídico é, pois: ‘deverá o órgão administrativo praticar um acto idêntico ao dirigido ao sujeito X ou praticar um acto conforme a regra jurídica Z?’

A solução do caso jurídico passa, aparentemente, pela resolução do conflito entre (i) aplicação da regra Z, proibitiva da prática do referido acto administrativo desconforme com o parâmetro normativo dessa regra, e (ii) a aplicação do princípio impositivo da igualdade administrativa, o qual determina o tratamento igual de situações substancialmente idênticas, tendo em contra um critério normativo específico de comparabilidade entre duas situações verificadas, e, conseqüentemente, determina a prática de um acto administrativo de deferimento.”

²⁰¹ LOPES, Pedro Moniz – *Princípio da boa fé e decisão administrativa: estrutura e operatividade na discricionariedade conferida por normas habitantes*, op. cit., p. 86.

²⁰² BONAVIDES, Paulo – *Curso de direito constitucional*. op. cit., p. 282.

²⁰³ LOPES, Pedro Moniz – *Princípio da boa fé e decisão administrativa: estrutura e operatividade na discricionariedade conferida por normas habitantes*, op. cit., p. 88.

Uma regra que era inicialmente aplicável e tinha como base de validade o próprio princípio da legalidade (ou ainda outros princípios) pode eventualmente entrar em rota de colisão com um princípio que tenha maior peso em um caso concreto, momento em que a partir da ponderação dos pesos dos princípios envolvidos poderá, através do balanceamento dos direitos em jogo, chegar-se à conclusão segundo a qual o princípio da legalidade deverá ceder em face de outro princípio com maior peso.

Como assinalada Freitas do Amaral²⁰⁴, a aplicação do princípio da boa-fé deve ser realizada através da ponderação dos valores fundamentais, dando-se especial relevância para a confiança suscitada na contraparte pela atuação em causa e o objetivo a alcançar com a atuação empreendida²⁰⁵.

3 Restituição dos valores pagos indevidamente por erro da administração

3.1 A boa-fé do administrado

O princípio da segurança jurídica (e por via de consequência o princípio da boa-fé) deve ser utilizado com cautela, para que sua aplicação não crie a absurda situação de impedir a Administração de invalidar atos praticados em desobediência a mandamento legal. No caso de reconhecimento de ilegalidade de um ato, sua declaração deve ser realizada de forma retroativa, tendo em vista que os atos ilegais não devem gerar direito²⁰⁶.

Para Moncada a valorização da conduta de boa-fé deve ter a maior relevância na revogação dos atos administrativos com fundamento na invalidade²⁰⁷, obrigando muitas vezes a repensar a questão dos efeitos retroativos da atividade administrativa, seja ela corporificada através de normas ou de atos, em homenagem à posição jurídica dos destinatários dos efeitos da mencionada atuação, que atuam de boa-fé.

²⁰⁴ AMARAL, Diogo Freitas do – *Curso de direito administrativo*. 2ª ed., op. cit., p. 147.

²⁰⁵ Cfr. Artigo 6º.-A do CPA introduzido pelo D.L. nº 6/96, que expressamente inseriu o princípio da boa-fé no ordenamento jurídico português.

²⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – *Direito Administrativo*, op. cit., p. 86.

²⁰⁷ MONCADA, Luís Cabral de. *Boa fé e tutela da confiança no direito administrativo*, op. cit., p. 581.

A Lei brasileira traz previsão de que os valores recebidos indevidamente devem ser restituídos aos cofres públicos, tanto na redação do art. 46 da Lei Federal nº 8.112/1990²⁰⁸(que trata dos servidores públicos), quanto no que dispõe o art. 115, inciso II da Lei 8.213/1991²⁰⁹(que trata das aposentadorias e pensões do Regime Geral de Previdência Social).

Vejamos o que dizem os mencionados dispositivos legais da Lei brasileira em comento:

REJU: “Art. 46. As reposições e indenizações ao erário, atualizadas até 30 de junho de 1994, serão previamente comunicadas ao servidor ativo, aposentado ou ao pensionista, para pagamento, no prazo máximo de trinta dias, podendo ser parceladas, a pedido do interessado. §1º O valor de cada parcela não poderá ser inferior ao correspondente a dez por cento da remuneração, provento ou pensão.”

RGPS: “Art. 115. Podem ser descontados dos benefícios: II - pagamento de benefício além do devido; § 1º Na hipótese do inciso II, o desconto será feito em parcelas, conforme dispuser o regulamento, salvo má-fé.”

A referida legislação estabelece que os valores recebidos indevidamente devem ser restituídos ao erário, através de parcelamento por meio de desconto mensal no valor dos vencimentos recebidos pelo servidor público(art. 46, §1º do REJU) ou dos proventos de aposentadoria ou pensão paga(art. 115, inciso II e §1º do RGPS).

Os valores pagos indevidamente pelo Estado não pertencem somente ao mencionado ente abstratamente considerado, mas à própria coletividade, noção essa que deve servir de norte para delimitação da questão da aplicação da boa-fé no âmbito do direito administrativo. A questão conflitante que merece relevo é a ponderação entre o valor que deverá prevalecer, o interesse individual (que recebeu valores que não lhes eram devidos) ou interesse público coletivo (de receber de volta tais valores).

²⁰⁸ A Lei Federal brasileira nº 8.112/1990 é o estatuto jurídico dos servidores públicos federais e trata das relações, direitos e deveres dos servidores público e da administração pública, em decorrência da relação empregatícia.

²⁰⁹ A Lei Federal brasileira nº 8.213/1991 trata do Regime Geral de Previdência Social, A referida lei não é aplicável aos servidores públicos federais brasileiros, que possuem na Lei 8.112/1990, um regime jurídico especial.

Como aponta Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da supremacia do interesse público é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade²¹⁰. Ainda que não se radique em dispositivo específico da Constituição, o princípio em causa é pressuposto lógico do convívio social.

No caso de haver pagamento indevidamente de salário além do devido, ou mesmo de proventos de aposentadoria, por erro da administração, com ou sem culpa de algum servidor público, deve-se ter em mente o conflito de dois interesses em jogo: a) o interesse da administração de receber de volta tais valores; b) o interesse do administrado, que recebeu os valores indevidos de boa-fé.

Jesús González Pérez indica que o princípio da legalidade não se configura em óbice à aplicação do princípio da boa-fé, mas ressalta ainda que o princípio da proporcionalidade, como um dos princípios que devem informar toda a atividade administrativa²¹¹ deve nortear a aplicação do princípio da boa-fé, já que uma atuação desproporcionada é contrária à exigência da boa-fé.

A questão principal a ser enfrentada é de saber se a norma do art. 46 da Lei Federal brasileira nº 8.112/1990, que determina a reposição ao erário dos valores recebidos indevidamente por servidor público atende ao princípio da proporcionalidade. Com efeito, o parágrafo primeiro da mencionada norma estabelece que os valores recebidos indevidamente podem ser restituídos de forma parcelada, o que por si só, já é uma regra que traz moderação à obrigação de restituição, já que o servidor público não necessitará restituir tudo o que foi recebido indevidamente de uma única vez.

No caso de servidor público receber valor indevido, agindo de má-fé, com cometimento de crime contra a administração ou ato de improbidade administrativa, respectivamente art. 132 inciso I e IV da Lei 8.112/1990, a com demissão do servidor, a regra a ser aplicada é a do art. 47 da Lei 8.112/1990, que determina que a devolução deverá ocorrer dentro do prazo de sessenta dias, estabelecido como limite para quitação do débito com o erário.

²¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 95

²¹¹ PÉREZ, Jesús Gonzáles. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, op. cit, pp. 106-107.

No mesmo sentido, o art. 115 da Lei Federal brasileira nº 8.213/1991 que estabelece a possibilidade da dedução dos benefícios da seguridade social dos valores recebidos além do devido de forma parcelada, por erro da administração, sem má-fé do interessado. No caso de existência de má-fé, além de não haver prazo prescricional para cobrança, a cobrança deve ser feita *a priori* de uma só vez, permitindo-se todavia o parcelamento do débito na forma do art. 154, §2º do Decreto Presidencial brasileiro nº 3.048/199, que regulamenta o RGPS.

Temos que o legislador, como representante do povo eleito democraticamente, estabeleceu hipótese de reposição ao erário, que respeita ao princípio da proporcionalidade, uma vez que o ato ilegal que ocasionou recebimento por parte de servidor público será desfeito, mas a boa-fé ensejará regra especial de devolução, que não irá ocorrer em uma única parcelada, caso não tenha incorrido em má-fé.

O tratamento diferenciado para a atuação de boa-fé indica que o mencionado princípio já foi levado em consideração quando da elaboração da regra legal que determina a devolução dos valores recebidos indevidamente. A aplicação do princípio da boa-fé para justificar a não aplicação da regra que determina a restituição dos valores recebidos indevidamente, poderia até vir a ocorrer com uma situação concreta específica com ponderação dos valores envolvidos, mas não tem o condão de criar regra geral não prevista no ordenamento de sobreposição do princípio da boa-fé ao princípio da legalidade e eventualmente também ao princípio da supremacia do interesse público. Tal aplicação generalizada ocasionaria um *bis in idem*, já que a boa-fé que foi levada em consideração pelo legislador para confecção da regra legal serviria de fundamento ao julgador para deixar de aplicar a norma.

Para o caso de um servidor público, pensionista ou aposentado receber benefício/provento em valor superior ao que lhe era efetivamente devido, sem que tenha participado de forma alguma para realização de tal ato, há regras expressas na legislação brasileira que trazem previsão de reposição parcelada ao erário de tais valores, como se pode ver da clara redação do art. 46 da Lei 8.112/1990, ou o art. 115, inciso II da Lei 8.213/1991 anteriormente transcritos.

Caso tenha obedecido aos princípios constitucionais da ampla defesa, devido processo legal e contraditório, o ato que determina a devolução dos valores recebidos indevidamente não conterà vício de ilegalidade nem abuso de poder, sendo perfeito, sem possibilidade de

controlade na via judicial, uma vez que não fere qualquer direito do particular. No máximo poderia se cogitar que se estaria ferindo interesse²¹² do mesmo, mas não direito seu.

Tal lição pode ser colhida do Parecer nº 616/2010 da Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social²¹³, cujo despacho de aprovação pelo Ministro respectivo foi publicado no Diário Oficial da União de 24/12/2010²¹⁴, Seção 1, página 95. Dispõe o mencionado parecer, em seu item 88, que: “No âmbito do RGPS, para que fique delineada a situação de pagamento de benefício indevido, no todo ou em parte, é necessário que o fato fique comprovado em sede de processo administrativo no qual deve ser assegurada ampla defesa e contraditório ao beneficiário, por força da garantia constitucional ao devido processo legal(art. 5º, inciso LIV, da Constituição).”

Tanto o servidor público como o aposentado ou pensionista do RGPS deverão ressarcir ao Poder Público os valores que lhe foram indevidamente pagos, não obstante os tenham recebidos de boa-fé, eis que eventual erro da administração não gera direito adquirido à percepção de vantagem indevida, cuja declaração de nulidade impõe o retorno ao *status quo ante*.

De um lado temos que o ato que ocasionou o pagamento de vantagem indevida deve ser desfeito, retornando a relação jurídica ao *status quo ante*, o que somente ocorrerá de forma efetiva se forem devolvidos os valores que não pertenciam ao servidor público, pensionista ou aposentado do RGPS. Caso contrário haverá enriquecimento sem causa²¹⁵ do beneficiário, que tendo usufruído de numerário que não lhe pertencia, seria eximido da obrigação de restituição das quantias recebidas indevidamente.

²¹² Cfr. CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 31: “Lesão a interesses está fora do alcance da proteção jurisdicional, porque desprotegida da norma jurídica. Concorrendo interesses públicos e interesses privados, os primeiros têm supremacia sobre os segundos.”

²¹³ Os ministérios são órgão da administração direta, cujo chefe é o Ministro de Estado, nomeado pelo Presidente da República.

²¹⁴ No direito brasileiro, os pareceres das Consultorias Jurídicas dos Ministérios, uma vez aprovados pelo ministro respectivo, passam a ter força obrigatória para os órgãos e entidades a ele vinculadas, conforme disposição do art. 42 da Lei Complementar nº 73/1993: “Art. 42. Os pareceres das Consultorias Jurídicas, aprovados pelo Ministro de Estado, pelo Secretário-Geral e pelos titulares das demais Secretarias da Presidência da República ou pelo Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, obrigam, também, os respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas.”

²¹⁵ Cfr. MONCADA, Luís Cabral de. *Boa fé e tutela da confiança no direito administrativo*, op. cit., p. 592: “A obrigação de restituição por enriquecimento sem causa é completamente independente de culpa da Administração. Trata-se de censurar um enriquecimento objetivo sem apoio legal ou contratual.”²¹⁵

Do outro lado, podemos perceber que o ato que determina a restituição das quantias recebidas indevidamente está sendo praticado em conformidade com a legislação que rege a matéria, que prevê a o obrigatoriedade de restituição das quantias recebidas indevidamente, sendo portanto ato perfeito e conforme o ordenamento jurídico, obviamente, desde que sejam obedecidas as formalidades e os princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Sob essa ótica, não deverá ser objeto de controle judicial, já que não presente qualquer vício que o macule.

O já citado Parecer nº 616/2010 da Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social brasileiro, com força obrigatória para os órgãos e entidades a ele vinculadas, indica expressamente, no seu item 89, que “a legislação em vigor não permite o perdão da dívida ao segurado recebedor de benefício indevido, mesmo se ficar caracterizada sua boa-fé. Permite-se apenas o parcelamento do débito ou sua consignação, quando o beneficiário for receber de outro benefício do INSS. É o que se extrai da leitura do art. 115, inciso II e §1º da LBPS.”

Aqui merece ser repetida a lição de Colaço Antunes, quando faz a advertência²¹⁶ na aplicação do princípio da boa-fé para que seja evitada a perda de discernimento do jurista, o que tem a ver com a utilização abusiva do princípio, já que seu protagonismo exagerado distorce excessivamente os institutos do direito positivo. Na mesma linha do que ensina Menezes Cordeiro aos nos lembrar²¹⁷ que, atualmente, a boa-fé tem sofrido com o distanciamento entre o discurso metológico e a dogmática jurídica, de forma agravada, muitas vezes sendo objeto de aplicação alargada, com riqueza de implicações emotivas, com noção vaga e dominada por linguagem eloquente e vazia de conteúdo, de forma a tornar a mitificar o princípio da boa-fé.

A indisponibilidade do interesse público e a supremacia deste sobre o privado justificam a interpretação segundo a qual, à partida, a norma legal que determina a devolução dos valores recebidos indevidamente do Estado deve prevalecer, em consonância com princípio da legalidade em detrimento do princípio da boa-fé.

A negativa de devolução do que foi indevidamente recebido pelo particular ocasionará o enriquecimento sem causa do particular em detrimento do patrimônio da Administração, prevalecendo o interesse individual sobre o interesse público e coletivo, o que afronta

²¹⁶ COLAÇO ANTUNES, Luís Filipe. *A teoria do acto e a justiça administrativa: o novo contrato natural*. op. cit., p. 118.

²¹⁷ CORDEIRO, Menezes, *Da boa fé no direito civil*, op. cit., p. 41.

inclusive o próprio princípio da boa-fé²¹⁸, conforme lição de Luis Cabral de Moncada, matéria que será analisada em tópico específico mais adiante.

4 Devolução dos valores pagos indevidamente com base em provimento judicial provisório

4.1 Provimento jurisdicional provisório

No âmbito do direito Europeu, de forma ligeiramente diversa do que ocorre no Brasil, comumente as medidas conservatórias e antecipatórias estão inseridas dentro do poder geral de cautela, ocorrendo um tratamento unitário da tutela de urgência, como no caso dos ordenamentos jurídicos da Alemanha, França, Itália e Portugal onde tanto as medidas conservativas como as providências antecipatórias, de natureza satisfativa, podem ser concedidas dentro do campo do procedimento cautelar²¹⁹.

O artigo 381, nº 1 do Código de Processo Civil de Portugal ilustra bem o tratamento legislativo que é dado à matéria na Europa, onde normalmente as medidas cautelares e antecipatórias, tidas como tutelas de urgência, são tratadas de forma processual única. De acordo com o mencionado dispositivo da lei portuguesa, poderá ser solicitada providência conservatória ou antecipatória que se mostre “adequada a assegurar a efectividade do direito ameaçado” “Sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito.”

Apesar do tratamento único das providências cautelares conservativas ou antecipatórias no âmbito dos ordenamentos jurídicos de diversos Estados que compõem a União Europeia, como acima referido, vale lembrar que isso não impede que a providência cautelar tanto possa ser requerida em momento anterior ao da instauração do processo

²¹⁸ MONCADA, Luís Cabral de. *Boa fé e tutela da confiança no direito administrativo*, op. cit., p. 592.

²¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. 45ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 659.

principal, sendo denominada nesse caso de preparatória ou preliminar, como possa ser solicitada quando já instaurada a ação principal, ou seja de forma incidental ou incidente²²⁰.

Assim, calha trazer ao debate, além da percepção pelo particular de valores indevidos em decorrência de erro da administração também a hipótese de recebimento em razão de provimento provisório no curso de um processo judicial, seja por: a) deferimento de medida cautelar, em razão da b) antecipação do cumprimento da tutela de mérito ou ainda por conta da existência de c) execução provisória em razão da ausência de recurso com efeito suspensivo.

Os institutos da medida cautelar e da antecipação da tutela jurisdicional de mérito surgiram da evolução processual como mecanismos tendentes a dar maior efetividade à decisão judicial, uma vez que, em determinadas situações, a demora no atingimento da tutela jurisdicional poderia ocasionar danos irreparáveis à parte, tornando ineficaz um provimento que somente surtisse efeito a partir do trânsito em julgado da decisão final do processo.

Nesse ponto, parece adequado trazer, ainda que de forma breve, a distinção que o Código Civil brasileiro faz em relação à tutela cautelar e à tutela antecipada de mérito. A distinção entre medidas cautelares e tutelas antecipadas está relacionada à finalidade e eficácia²²¹ de cada uma dessas providências. Nas palavras do professor Humberto Theodoro Júnior, a diferenciação se dá de acordo com o terreno em que cada uma poderá operar²²² e portanto surtir seus efeitos dentro do processo.

As medidas cautelares tem natureza estritamente processual e se destinam a preservar a utilidade e eficiência do provimento final do processo, sem contudo antecipar o resultado do direito material à parte, decorre disso a natureza conservativa das medidas cautelares e não satisfativa, já que não tem a intenção de satisfazer a pretensão abrangida pelo direito material invocado. Em sentido diverso as tutelas antecipadas têm o escopo de satisfazer, de forma provisória, o próprio direito material em discussão no processo que será objeto da tutela jurisdicional definitiva após o trânsito em julgado, razão pela qual se diz que elas têm

²²⁰ AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Direito processual civil*, 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 28.

²²¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 341.

²²² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência*, op. cit., p. 654.

natureza satisfativa²²³, exigindo, no direito brasileiro a existência de requisitos próprios para sua concessão, como a existência da verossimilhança das alegações, conforme estatui o art. 273 do CPC²²⁴.

Deve haver, para a concessão da medida antecipatória, no direito brasileiro, prova inequívoca que conduza o magistrado a um juízo de verossimilhança das alegações. Como ensina Didier Jr.²²⁵, essa prova inequívoca não é a que conduza obrigatoriamente à verdade plena e absoluta, nem mesmo aquela que conduza à melhor verdade possível, mas uma prova robusta e consistente, que leve o julgador a um juízo de probabilidade, passível de ser exercido em sede de cognição sumária.

Podemos extrair da lição de Pais do Amaral que para a decretação da providência cautelar é suficiente a demonstração concomitante do fundado receio de lesão e da probabilidade séria da existência do direito²²⁶, não havendo necessidade de que seja alcançado um elevado grau de certeza.

Na linha traçada por Pais de Amaral, as providências conservatórias²²⁷ têm por finalidade a manutenção da situação de fato anterior²²⁸, prevenindo prejuízo que poderia ocorrer com uma alteração que poderia ocorrer se não fosse resguardado o direito por decisão que viesse a preservar a utilidade da decisão final do processo. O mencionado autor prossegue exemplificando as providências conservatórias: “Assim, são conservatórias o arresto, o arrolamento, o embargo de obra nova e a suspensão das deliberações sociais. Todas elas têm

²²³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. op. cit., p. 341.

²²⁴ “Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.”

²²⁵ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processo civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 4ª ed., 2º v. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 488.

²²⁶ AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Direito processual civil*, op. cit., p. 32.

²²⁷ Cfr. ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito Processual Civil*, 1ºv. Coimbra: Almedina, 2010, p. 147: “As providências a decretar, de natureza conservatória ou antecipatória conforme a própria nomenclatura legal(art.º 381.º, n.º1), assumem natureza provisória e urgente. Com as providências conservatórias, o interessado (titular do direito) pretende manter ou conservar um direito em perigo ou em crise, visando, tão-somente, assegurar o efeito útil da acção principal; através das providências antecipatórias, pretende-se que o tribunal antecipe a própria realização do direito que presumivelmente virá a ser reconhecido nessa acção.”

²²⁸ AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Direito processual civil*, op. cit., p. 26.

por finalidade manter a situação existente por forma a que o direito do requerente conserve a susceptibilidade de reintegração.”²²⁹

Em sentido contrário, ele esclarece que “as providências antecipatórias, como o próprio nome sugere, visam obstar a que se verifiquem prejuízos ocasionados pela demora da decisão definitiva, constituindo uma antecipação provisória dos efeitos dessa decisão. Estão neste caso os alimentos provisórios, o arbitramento de reparação provisória e a restituição provisória de posse.”²³⁰

Por meio da providência cautelar se busca afastar o perigo da demora, protegendo o presumido titular do direito contra os prejuízos que poderiam advir em decorrência da demora normal na prolação de uma decisão judicial definitiva. Continua o referido autor asseverando que com a decisão cautelar se busca garantir a utilidade e eficácia da decisão definitiva a ser proferida na ação principal, decorrendo dessa finalidade o caráter instrumental da providência cautelar²³¹.

Entretanto, caso não seja possível se antever o resultado a ser tutelado no âmbito do processo principal, inexistiria perigo à sua instrumentalidade²³², razão pela qual não faria sentido dar prosseguimento a um processo tendente à garantia da utilidade do provimento jurisdicional ao final do seu trâmite, através da concessão de uma medida antecipatória ou conservativa.

Em relação ao provimento jurisdicional cautelar, estabelece o art. 811 do Código de Processo Civil²³³ brasileiro que o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a medida deferida, se a sentença no processo principal lhe for desfavorável ou se ocorrer a cessação da eficácia da medida.

²²⁹ Idem

²³⁰ Idem.

²³¹ AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Direito processual civil*, op. cit., p. 27.

²³² SILVA, Lucinda D. Dias da. *Processo cautelar comum, Princípio do Contraditório e Dispensa de Audição Prévia do Requerido*, Coimbra Editora, 2009, 142.

²³³ “Art. 811. Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida:

I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável;

II - se, obtida liminarmente a medida no caso do art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido dentro em 5 (cinco) dias;

III - se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808, deste Código;

IV - se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810).

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar.”

Pais de Amaral faz uma adequada distinção entre a finalidade da decisão a ser proferida no processo cautelar e a que deverá ser prolatada no processo principal²³⁴. Enquanto a primeira visa definir o próprio direito em disputa, após uma averiguação em que seja respeitada pelas garantias constitucionais, no processo cautelar a finalidade está relacionada com a preservação do efeito útil da ação, baseado em mero juízo de probabilidade.

Por esse motivo, se ocorrer, no curso de um processo judicial, de ser concedida uma medida cautelar ou mesmo tutela antecipada satisfativa que determine o pagamento de alguma verba pelo Estado em favor de um servidor público, pensionista ou aposentado e essa decisão vier a ser reformada posteriormente, seja pelo próprio julgador ao exercer o juízo de retratação posterior, ou mesmo por alguma instância superior em sede de julgamento de recurso interposto, os valores recebidos deverão ser devolvidos, ainda que os tenha recebido de boa-fé.

A devolução dos valores nesse caso deriva da aplicação do princípio da boa-fé objetiva, como conduta esperada pelo homem comum no caso. Se uma pessoa recebe um bem ou valor com cláusula de provisoriedade e essa posse é cessada por decisão posterior que a atribui a outra pessoa, a consequência lógica é que deverá restituir o bem da forma como recebeu. Para ilustrar a situação podemos relacionar a situação hipotética de um pessoa que recebe em depósito um bem cuja propriedade está sendo discutida judicialmente. Decorre da própria natureza da posse provisória que terá de restituir o bem da forma como se encontrava, caso a propriedade do mesmo venha a ser ao final destinada a outra pessoa.

Os provimentos cautelares são em princípio provisórios²³⁵, sendo, por esse mesmo motivo, passíveis de revogação. Sobrevindo uma decisão final que reconheça a inexistência do direito em discussão, o bem ou valor sobre o qual recaiu uma decisão cautelar deverá ser restituído a quem de direito.

Se o bem em causa for valor monetário pago em sede de provimento cautelar provisório, com a cessação da eficácia de tal provimento jurisdicional, deverá o beneficiário da medida cautelar restituir os valores recebidos durante o período em que vigorou tal

²³⁴ AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Direito processual civil*, op. cit., p. 29.

²³⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. op. cit., p. 339.

No mesmo sentido AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Direito processual civil*, op. cit., p. 29: “a providência cautelar tem feição nitidamente provisória ou interina”.

medida, como decorrência lógica da vedação do enriquecimento sem causa, ainda que tenha recebido de boa-fé, que nesse caso não poderá funcionar como causa excludente da responsabilidade de restituir o que fora recebido indevidamente.

Ao contrário, o princípio da boa-fé objetiva recomenda nesse caso a restituição dos valores recebidos em sede de provimento jurisdicional de urgência, uma vez que a relação jurídica estabelecida, uma vez desfeita, deve retornar ao *status quo ante*. A conduta então esperada para de um homem comum é que restitua a coisa que tinha recebido com cláusula expressa de provisoriedade.

Apesar de a legislação brasileira ter algumas restrições quanto à possibilidade de pagamento de vantagens antes a servidor público em sede de processo judicial antes do trânsito em julgado, como no caso do que dispõe o art. 2º-B da Lei Federal brasileira nº 9.494/1997²³⁶, não raro, é concedida decisão cautelar provisória determinando o pagamento de alguma verba, que pode vir posteriormente a ser cassada quando do julgamento do recurso cabível.

Não se mostra compatível com o sentimento do homem médio, o fato de alguém receber algum valor com base em provimento jurisdicional de urgência, seja ele conservativo(e não satisfativo) ou antecipatório(e satisfativo) e posteriormente, quando da revogação dessa medida, ser eximido da obrigação de fazer retornar à situação anterior antes de sua concessão por ato da autoridade judiciária. A boa-fé aqui não poderá ser invocada como excludente da responsabilidade de restituição dos valores recebidos indevida, já que ela mesma, na sua vertente objetiva, determina que tais valores sejam devolvidos ao legítimo dono, com a revogação da providência de urgência, seja ela antecipatória ou conservativa.

No âmbito do direito brasileiro, além das tutelas de urgência, nas quais estão inseridas as medidas cautelares e as antecipações de tutela, existe ainda outra possibilidade de execução da decisão judicial antes da ocorrência do trânsito em julgado da decisão final do processo, que é da ocorrência da execução provisória, prevista no art. 475-I do CPC, que estabelece que a execução de sentença é definitiva quando baseada em provimento jurisdicional com trânsito

²³⁶ Cfr. Lei Federal brasileira nº 9.494/1997 “Art. 2º-B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado.”

em julgado e provisória quando baseada em sentença impugnada através de recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo.

O texto constitucional brasileiro estabelece uma multiplicidade de instâncias recursais no Brasil, sendo que em regra, apenas os recursos interpostos para os Tribunais Estaduais e Federais, que funcionam como segunda instância recursal, têm o efeito de suspender os efeitos da sentença de primeiro grau. Os recursos de natureza extraordinária interpostos para os Tribunais Superiores, responsáveis por uniformizar a interpretação da legislação federal(STJ) e da constituição(STF), não tem em regra efeito suspensivo, podendo ser iniciada a execução provisória da decisão judicial por pedido do interessado.

Em relação à execução provisória, da mesma forma, o art. 475-O do Código de Processo Civil brasileiro estabelece que a mesma corre por conta e responsabilidade do exequente, que se obriga a reparar os danos que o executado tenha sofrido com o seu cumprimento.

Humberto Theodoro Júnior nos lembra que apesar de a Fazenda Pública não ser imune à execução provisória²³⁷ conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça brasileiro, que é a corte responsável por uniformizar a interpretação da legislação federal no Brasil, na hipótese de se tratar de liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagem a servidores públicos, a execução somente deverá ocorrer após o trânsito em julgado da decisão, ou seja, em tese somente admitirá execução definitiva conforme o referido art. 2º-B da Lei Federal brasileira nº 9.494/1997 com redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, que foi objeto da Ação Declaratória de Constitucional nº 4/DF, tendo sido declarado constitucional pelo STF ao julgar a matéria.

Cássio Scarpinella Bueno indica o mencionado dispositivo legal, aniquilou a eficácia de qualquer tutela de urgência em matéria de vencimento dos servidores públicos²³⁸, ao vincular e condicional a possibilidade da efetividade do provimento jurisdicional ao seu trânsito em julgado, uma vez que para ele a razão de ser da norma foi de vedar a liberação de recurso ou inclusão em folha de pagamento a qualquer título em favor de servidor público,

²³⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência*, op. cit., p. 380.

²³⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. *O poder público em juízo*, 4ª ed, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 204.

mesmo que não se trate apenas das hipóteses de reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagem a servidores públicos²³⁹.

Apesar da vedação, é possível em tese, que um Juízo ou Tribunal venha a deferir o início de uma execução provisória para que um servidor público passe a receber algum valor em seu ordenado mensal, se entender que no caso concreto não há incidência da vedação legal constante do já citado art. 2º-B da Lei Federal brasileira nº 9.494/1997 com redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001.

Observe-se que o STF teve oportunidade de asseverar que o art. 2º-B da Lei Federal brasileira nº 9.494/1997 com redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001 não alcançava as hipóteses que envolviam as causas de natureza previdenciária²⁴⁰, por falta de previsão normativa expressa a esse respeito no dispositivo referido, vedando interpretação que alargasse o comando contido na norma. Ou seja, em relação aos aposentados e pensionistas do RGPS, pode-se iniciar a execução provisória da decisão judicial após o esgotamento das instancias ordinárias, a partir do momento em que os recursos judiciais da Fazenda Pública deixam de ter efeito suspensivo, em regra.

Havendo execução provisória nessas hipóteses, como expressa determinação legal no Brasil, a mesma correrá por conta e responsabilidade do exequente, que, como dito, estará obrigado a reparar os danos que o executado tenha experimentado com o seu cumprimento (art. 475-O do CPC). Mesmo não havendo efeito suspensivo do recurso interposto, se o resultado vier a ser desfavorável ao exequente, este terá responsabilidade na reparação dos danos causados ao executado.

Em se tratando de execução provisória contra a Fazenda Pública, para pagamento de valor mensal seja sob a forma de remuneração do servidor público ou de proventos de pensionista/aposentado, o dano causado no curso da execução provisória será, por óbvio, patrimonial, recaindo sobre o exequente a responsabilidade pelo ressarcimento do dano causado no curso da vigência até posterior reforma da decisão pela instância superior no julgamento do recurso que não tinha efeito suspensivo.

²³⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. *O poder público em juízo*, op. cit., p. 202.

²⁴⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. *O poder público em juízo*, op. cit., p. 204.

Como assenta Marinoni, a responsabilidade do exequente deriva da circunstância de a execução ter alterado o patrimônio do executado com base em decisão que, posteriormente, foi reformada diante da interposição de recurso. A responsabilidade nesse caso independe de culpa ou do elemento subjetivo do exequente, mas decorre apenas da reforma da decisão na qual se fundou²⁴¹.

Aqui, da mesma forma que ocorre em sede de desfazimento da tutela de urgência por decisão posterior desfavorável, o princípio da boa-fé objetiva recomenda nesse caso a restituição dos valores recebidos em sede de provimento jurisdicional que não estava albergado pelo manto da coisa julgada, uma vez que a relação jurídica estabelecida, apesar de lastreada em decisão judicial de mérito e sem natureza antecipatória, continha ainda cláusula de provisoriedade, devendo, por esse turno, retornar ao *status quo ante* no caso de reforma posterior pela superior instância recursal. A conduta esperada do homem médio, igualmente, será de restituir a coisa que tinha recebido com cláusula expressa de provisoriedade.

4.2 Reversibilidade da medida

No direito brasileiro, somente é cabível a concessão de antecipação dos efeitos da tutela²⁴² jurisdicional, quando não houver perigo da irreversibilidade da medida, conforme expressa redação do art. 273, §2º²⁴³ do Código de Processo Civil Brasileiro. Ou seja, além da exigência de prova inequívoca que leve o julgador à verossimilhança das alegações, é exigido para deferimento de medida antecipatória, que a mesma seja reversível.

²⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz - *Curso de processo civil*, 3º v: execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 375.

²⁴² Cfr. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. op. cit., 2006, p. 341: “Diferentes das medidas cautelares em sua finalidade e em sua eficácia são as antecipações de tutela, disciplinadas em termos gerais no art. 273 do Código de Processo Civil (v. Também o art. 461, §3º). Elas se destinam a propiciar à parte, em adiantamento (daí, antecipação), os mesmos resultados esperados da sentença de mérito, ou parte deles. As tutelas antecipadas não visam, como as cautelares, a conservar meios para que o processo em si mesmo possa operar de modo eficiente, mas oferecer diretamente às pessoas algo cuja demora poderia ser-lhes prejudicial; por isso são satisfativas, o que não ocorrer com as cautelares.”

²⁴³ Cfr. DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael *Curso de direito processo civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, op. cit., p. 492.

A reversibilidade, como aponta Didier Jr. está relacionada com a possibilidade de se retornar ao *status quo ante*²⁴⁴, acaso se verifique durante o curso processual, que a providência antecipatória deve ser alterada ou revogada, o que denota a existência clara de uma marca de provisoriedade e precariedade das providências antecipatórias, como medidas que são destinadas a dar maior efetividade ao processo.

Surge assim uma variabilidade ou alterabilidade como uma característica própria das medidas cautelares, que podem ser revistas, podendo chegar à cessação de sua eficácia²⁴⁵, e que normalmente irá ocorrer em razão da alteração das circunstâncias, em consonância com o princípio *rebus sic stantibus*, ou em razão do atingimento do final do processo principal, com decisão de mérito desfavorável àquele que tinha inicialmente obtido o deferimento de uma providência cautelar.

Se a providência antecipatória pretendida levar a uma situação irreversível, sem possibilidade de retorno à situação existente em momento anterior ao seu deferimento, a decisão judicial que se impõe nesse caso é a denegação da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, de forma a proteger o direito da parte adversa, assegurando o seu deferimento, se for o caso, somente ao final do devido processo legal, com observância do contraditório e o esgotamento das instâncias judiciais, de forma a conferir maior segurança jurídica à decisão de mérito proferida, que uma vez cumprida, não pode ser revertida.

Há casos, porém, em que a possibilidade de irreversibilidade da medida pode colocar em jogo a própria efetividade do processo, ocasião em que poderemos ter dois direitos em colisão: de um lado o direito a um processo judicial efetivo como forma de solução dos conflitos de interesses e de tomada de decisões tendentes a proporcionar a paz social; de outro, o direito à segurança jurídica, como um dos pilares do próprio Estado de Direito moderno. Por essa razão o conflito deverá ser resolvido à luz do princípio da proporcionalidade, de modo a que os mesmos sejam compatibilizados numa situação concreta.

²⁴⁴ Cfr. DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processo civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, op. cit., pp. 492-493.

²⁴⁵ ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito Processual Civil*, op. cit., p. 165.

Hipoteticamente, em uma ação judicial de uma pessoa que possui uma doença, com risco de vida, contra uma seguradora ou mesmo contra o Estado, para ter direito a um determinado tratamento dispendioso, mesmo havendo fundado receio de que a medida antecipatória seja irreversível (em razão, por exemplo, da ausência de lastro patrimonial do autor para ressarcir o valor do tratamento em caso de revogação da medida), o julgador deve levar em consideração os valores envolvidos, ocasião em que, numa situação concreta, poderá o direito à efetividade do processo prevalecer em face do direito à segurança jurídica.

No caso hipotético em questão, havendo deferimento inicial da providência antecipatória, com realização do tratamento médico de elevado valor, se vier a ser posteriormente a mesma revogada, a obrigação que subsiste é a de restituir o valor gasto pela parte adversa. Havendo insuficiência de fundos por parte do requerente da medida, pode vir a medida antecipatória deferida se tornar irreversível numa situação concreta. Isso não implica, contudo, que o princípio da boa-fé determine a sua não devolução. Ao contrário, como dito, a boa-fé objetiva determina a restituição da situação ao *status quo ante*, uma vez desfeita decisão com cláusula de provisoriedade.

A lei portuguesa traz expressa previsão, no artigo 387º do Código de Processo Civil português, da necessidade de ponderação a ser feita pelo julgador no momento da análise do deferimento ou não da providência cautelar requerida, de modo que, mesmo verificados os requisitos autorizadores do seu deferimento, esta pode vir a ser recusada quando o prejuízo dela resultante exceder consideravelmente o dano que poderia ser evitado com o seu deferimento. É o que se chama de princípio da justa ponderação ou de ponderação relativa dos interesses em jogo²⁴⁶.

Como aponta Didier Jr.²⁴⁷ toda vez que for verificada existência de verossimilhança do direito invocado e o risco de danos irreparáveis, ou mesmo de difícil reparação decorrente da não satisfação imediata, deve ser privilegiado esse direito provável de uma parte em detrimento da segurança jurídica da parte contrária, que poderá experimentar a irreversibilidade da medida.

²⁴⁶ ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito Processual Civil*, op. cit., p. 161.

²⁴⁷ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processo civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, op. cit., p. 494.

Aqui, vale frisar que o mencionado autor prossegue no assunto e assevera claramente que, apesar de existirem situações em que pode ocorrer a irreversibilidade da medida, mesmo assim deve ser privilegiado o direito que se mostra verossímil. Ainda que seja de difícil reparação, sempre que possível, deverá ser feita a reparação por meio do valor correspondente em pecúnia²⁴⁸, que é justamente a hipótese objeto da investigação em curso.

Se um servidor público, pensionista ou aposentado do RGPS recebe valores em razão de provimento judicial antecipatório, uma vez cessada a eficácia da medida concessiva, deverá a situação retornar ao status quo ante, mediante a devolução dos valores que indevidamente recebeu durante a vigência do provimento que, apesar de inicialmente deferido, foi posterior revogado por decisão posterior, principalmente quando verificado que o próprio direito material em questão não era tão verossímil quanto se mostrava em uma primeira análise.

Ora, ao se admitir que são irrestituíveis os valores recebidos de boa-fé em razão de provimento jurisdicional provisório, haverá um contrasenso, já que tal provimento somente poderia ter sido dado, caso a medida antecipatória fosse reversível, o que não ocorreria na espécie. A restituição pode até se tornar inexecutável por outros motivos, mas não pela aplicação do princípio da boa-fé, que não poderá funcionar no caso como causa justificativa da própria irreviribilidade.

A lei portuguesa, com o escopo de combater diretamente o requerimento precipitado ou leviano²⁴⁹, traz previsão de que o requerente seja obrigado a indenizar os danos causados ao requerido se, uma vez decretada a providência, esta vier a ser considerada injustificada, quer tenha agido com dolo ou negligência grave ou mera negligência, sem a prudência normal esperada (art.º 390.º, n.º1 do Código Civil português).

5 Devolução dos valores pagos indevidamente com base em provimento judicial definitivo

²⁴⁸ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processo civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, op. cit., 4ª ed., 2º v. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 494.

²⁴⁹ ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito Processual Civil*, op. cit., p. 165.

A principal consequência do ato jurisdicional é a autoridade da coisa julgada²⁵⁰, que torna o pronunciamento definitivo e irretratável e decorre da necessidade social de por fim a uma situação de conflito, de modo que a solução encontrada tenha efeito duradouro. Se as decisões emanadas dos órgãos jurisdicionais fossem suscetíveis de novas impugnações indefinidamente, não poderia haver estabilidade nas relações jurídicas, o que afastaria o sentimento de paz social.

O mesmo art. 46, §3º do REJU que determina a reposição aos cofres públicos dos valores recebidos em razão de provimento jurisdicional antecipatório ou conservatório traz a previsão de que a mesma regra se aplica aos casos em que o julgado definitivo, com formação de coisa julgada, é rescindido.

Aqui surge uma situação diferente em relação àquela que foi tratada quando se cuidou de analisar o recebimento de valores indevidos em razão de erro da administração ou com base em provimento jurisdicional provisório, uma vez que a CRFB traz em seu art. 5, inciso XXXVI²⁵¹ especial proteção à coisa julgada, estabelecendo que a lei não poderá lhe prejudicar.

Se de um lado temos, como vimos anteriormente, que a boa-fé irá direcionar a atuação daquele que recebeu os valores com cláusula de provisoriedade no sentido de proceder a devolução, na hipótese agora analisada a situação se mostra diferente.

Se uma pessoa vem a receber valores da Administração Público, após o êxito definitivo de uma ação judicial, ou seja, após a formação de caso julgado, o sentimento que se espera de uma pessoa comum é de que o mencionado recebimento se deu de forma definitiva, sem nenhuma cláusula de provisoriedade, incorporando-se os bens/valores em seu patrimônio, em definitivo.

²⁵⁰ FAGUNDES, Miguel Seabra – *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, op. cit., p. 75.

²⁵¹ CRFB

Art. 5. XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”

Esse sentimento, contudo, pode ser afastado dependendo da hipótese que se baseou o tribunal para decretar a rescisão do julgado anteriormente protegido pela coisa julgada, dentre as hipóteses previstas no art. 485²⁵² do CPC.

Dentre as hipóteses elencadas no citado artigo, é patente que as previstas nos incisos I, III, VI do mencionado artigo do Código de Processo Civil brasileiro indicam a existência de má-fé da parte que se beneficiou da decisão judicial transitada em julgado, de modo que a boa-fé não poderá ser invocada nesses casos como fundamento para não devolução dos valores recebidos indevidamente.

Em sentido contrário, a hipótese prevista no inciso VII, de forma clara, não tem qualquer elemento que deponha contra a boa-fé da pessoa que se beneficiou da decisão judicial, decorrendo da ausência de elementos probatórios durante a instrução processual que foram posteriormente obtidos e tiveram a força de desconstituir o julgado, até então considerado definitivo e por esse motivo exequível de forma integral, sem exigência de garantias de cláusulas de provisoriedade estabelecidas em desfavor do exequente.

Nessa hipótese, havendo regra que determina a devolução, sem que a mesma tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, a boa-fé irá orientar a atuação estatal no sentido oposto ao contido na lei que determina a reposição aos cofres públicos dos valores indevidos, com base em provimento jurisdicional protegido pelo manto da coisa julgada.

Dependendo das circunstâncias contidas no caso concreto e dos pesos ou valores dos interesses postos em jogo, deverá ser feita a ponderação entre os mesmos para se verificar na situação em questão, qual deverá prevalecer. Deverão, então, ser realizadas concessões mútuas

²⁵² “Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar literal disposição de lei;

VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;”

tentando preservar o núcleo de cada interesse envolvido (legalidade) e boa-fé, levando em consideração os demais princípios que devem nortear a atuação da Administração Pública, como a supremacia do interesse público e a vedação do enriquecimento sem causa, vedado pelos diversos ordenamentos jurídicos.

6 A questão da natureza alimentar da verba recebida

No caso dos pensionistas e aposentados pelo regime geral de Previdência Social, a restituição das quantias recebidas indevidamente está regida pelo art. 115, inciso II da Lei Federal brasileira nº 8.213/1991. Ocorrendo pagamento além do devido com percepção indevida do valor de benefício de aposentadoria ou pensão, o beneficiário não necessitará restituir tudo de uma única vez, fazendo-o de forma parcelada.

Parece-nos, à primeira vista, que tanto o art. 46, § 1º do REJU, quanto o art. 115, inciso II do RGPS, ao trazerem regras que mitigam e moderam o procedimento de restituição das quantias recebidas indevidamente são proporcionais e adequadas à devolução dos valores, da forma menos gravosa àquele que a recebeu. Sob esse prisma não há empecilho à aplicação das mencionadas regras, já que atendem ao princípio da boa-fé. Nessa linha, a boa-fé do administrado já foi respeitada pelo legislador, ao se estabelecer regra de devolução parcelada dos valores indevidamente recebidos. Não se pode aplicar novamente o princípio da boa-fé para, sem lastro de norma específica e em afronta ao princípio da prevalência do interesse público, eximir a restituição dos valores indevidamente recebidos.

Deve-se ressaltar que a aplicação da boa-fé inspira inclusive que deve ocorrer a devolução dos referidos valores, pois, no trato com a administração, os particulares devem agir com lealdade, sem fraudar o erário. Sendo assim, a boa-fé que se apresenta como um princípio geral e estabelece normas de conduta, um roteiro a ser seguido pelas partes componentes da relação jurídica, deve incluir neste roteiro a devolução dos valores que não integram seu patrimônio em definitivo.

Merece ser dito que, apesar das decisões judiciais que eximem os administrados do dever de restituição ao Erário Público das quantias pagas indevidamente, o Supremo Tribunal Federal brasileiro chegou a analisar em 1994 uma norma incluída no RGPS²⁵³ que exonerava o beneficiário do dever de restituir os valores recebidos em curso de processo judicial.

No julgamento da ADIn nº 675-4/DF, o Supremo Tribunal Federal brasileiro referendou a decisão do Min. Paulo Gallotti que suspendeu cautelarmente a vigência da expressão “e exonerado o beneficiário de restituir os valores recebidos por força da liquidação condicionada.”

Se hoje é verdade que boa parte da jurisprudência brasileira tem acenado pela impossibilidade de restituição das quantias recebidas de boa-fé (apesar de inexistir previsão legal para tanto); quando foi editada norma legal que expressamente trouxe tal permissão em uma hipótese, o STF suspendeu a eficácia da norma, no julgamento da medida cautelar requerida na ADIn nº 675-4/DF por considerá-la incompatível com o texto constitucional.

Vale ressaltar contudo que a jurisprudência²⁵⁴ do Tribunal de Contas da União, órgão auxiliar do Poder Legislativo Federal no Brasil, responsável por exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, tem aceitado a boa-fé como critério da irrepetibilidade de verbas recebidas indevidamente por servidor público, desde que o pagamento ocorra com base em erro escusável de interpretação de lei por parte do órgão público, à vista da presunção de legalidade do ato administrativo e do caráter alimentar das parcelas salariais.

Questão delicada é saber o que seria o caráter alimentar das parcelas salariais, por vezes invocado ao lado da boa-fé como causa excludente da responsabilidade de devolução aos cofres públicos dos valores recebidos indevidamente. Qualquer valor recebido juntamente

²⁵³ O art. 130 do RGPS, na redação hoje revogada:

“Art. 130. Os recursos interpostos pela Previdência Social em processo que envolvam prestações desta lei, serão recebidos exclusivamente no efeito devolutivo, cumprindo-se, desde logo, a decisão ou sentença, através de processo suplementar ou carta de sentença.

Parágrafo único. Ocorrendo a reforma da decisão, será suspenso o benefício e exonerado o beneficiário de restituir os valores recebidos por força da liquidação condicionada.”

²⁵⁴ SÚMULA Nº 249 do TCU:

“É dispensada a reposição de importâncias indevidamente percebidas, de boa-fé, por servidores ativos e inativos, e pensionistas, em virtude de erro escusável de interpretação de lei por parte do órgão/entidade, ou por parte de autoridade legalmente investida em função de orientação e supervisão, à vista da presunção de legalidade do ato administrativo e do caráter alimentar das parcelas salariais.”

como salário mensal seria verba alimentar, independentemente do seu valor e de sua destinação? Toda a remuneração deveria ser protegida ou somente o mínimo necessário para a sobrevivência?

No Julgamento do AI nº 501758 pelo STF fez-se referência ao acórdão do TJDFT que traz importante definição do que vem a ser o caráter alimentar, excluindo desse conceito o que foi recebido em desacordo com a Lei. Conforme aquele julgado, não há que se falar em irrepetibilidade de valor recebido irregularmente, por se tratar de verba alimentar, uma vez que o recebedor dos valores indevidos tem direito de se alimentar com os valores previstos em lei (salários e proventos legais), e não pelo que foi pago a maior de forma indevida²⁵⁵. Ou seja, só tem caráter alimentar os proventos calculados de acordo com a lei, a parcela paga indevidamente a maior não tem natureza alimentar.

7 Vedação de enriquecimento sem causa

Para termos uma perfeita compreensão do que seria o enriquecimento sem causa do particular em face da administração, calha trazer à discussão algumas lições que podem ser extraídas da hipótese inversa, ou seja, ao se analisar enriquecimento da própria administração que ocorre quando esta recebe de um particular uma prestação que lhe é favorável, mas que não tem amparo na legislação, ocasionando diminuição do patrimônio do administrado e ingresso de numerário no tesouro público fazendário.

De acordo com Luís Cabral de Moncada²⁵⁶, o enriquecimento sem causa da administração pode ocorrer quando uma prestação ou conduta favorável a esta for realizada por um particular sem qualquer vínculo prévio com a administração, o que ocasionaria o que

²⁵⁵ “PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. ORDINÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA. REVISÃO. IRREGULARIDADE. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. BOA-FÉ. INDIFERENÇA. 1. Diante do erro, correto o desconto na folha de pagamento, e aqui desinflante estar de boa-fé ou não a apelante, pois, tratando-se de verba pública, a repetição se impõe e na forma definida pelo artigo 46 da Lei 8.112/90. 2. Não há o que se falar em irrepetibilidade por tratar-se de verba alimentar, pois, na espécie, a apelante tem direito de se alimentar com seus proventos calculados de acordo com a lei, e não pelo que foi pago a maior, o que caracteriza, na verdade, simplesmente, antecipação de verba, que deve ser descontada nos pagamentos futuros”. (TJDFT, 20040070011782, citado pelo STF no AI 501758, Min. Cezar Peluso, DJU 25-4-2005)

²⁵⁶ MONCADA, Luís Cabral de. *Boa fé e tutela da confiança no direito administrativo*, op. cit., p. 591.

ele chama de locupletamento sem cobertura jurídica. Há uma diminuição do patrimônio do administrado e o consequente ingresso do recurso nas contas da administração, aumentando sua disponibilidade financeira, sem que haja fundamento jurídico para tanto, então se falando em enriquecimento sem causa.

Se de um lado temos que a administração deve agir de boa-fé e portanto restituir ao particular os valores que receber de forma indevida deste, para evitar o enriquecimento sem causa, não menos verdade podemos afirmar a hipótese via inversa, ou seja: se o particular recebe da administração, por erro desta, valor que não lhe era devido, em face da vedação do enriquecimento sem causa e do princípio da boa-fé, deverá restituir a quantia que indevidamente foi deslocada para o seu patrimônio.

Apesar da denominação: enriquecimento sem causa, não é necessário que o valor envolvido seja extraordinário e que ocasione uma mudança absurda na situação financeira de um e outro envolvido na relação jurídica em questão, qualquer que seja o valor envolvido, ocasionará o enriquecimento sem causa, uma vez verificado que sua causa não tem suporte de nenhuma norma jurídica que o justifique.

Como referido em momento anterior, a obrigação de restituição dos valores recebidos em razão do enriquecimento sem causa independente de culpa²⁵⁷, ou seja, não está relacionada com a conduta da pessoa que enriqueceu sem motivo, sendo dispensável a existência de culpa, mas com o decréscimo patrimonial injustificado daquele que foi prejudicado com a locupletação sem lastro de legalidade.

A vedação do enriquecimento sem causa é um princípio geral de direito, presente nos diversos ordenamentos jurídicos, nomeadamente no artigo 473º, n.1²⁵⁸ do Código Civil português e de forma bastante parecida no art. 884²⁵⁹ do Código Civil brasileiro, que basicamente estabelecem a obrigação da pessoa que, sem causa justificada, enriquecer à custa de outrem, restituir o que foi indevidamente recebido.

²⁵⁷ MONCADA, Luís Cabral de. *Boa fé e tutela da confiança no direito administrativo*, op. cit., p. 592.

²⁵⁸ “Enriquecimento sem causa

Artigo 473.º

(Princípio geral)

1. Aquele que, sem causa justificativa, enriquecer à custa de outrem é obrigado a restituir aquilo com que injustamente se locupletou.”

²⁵⁹ “Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.”

Moncada acrescenta ainda²⁶⁰ que a proibição do enriquecimento sem causa é uma consequência direta da componente objetiva do princípio da boa fé, pois que desta resulta necessariamente a obrigação de restituição do valor que transitou sem o devido fundamento na lei.

Antunes Varela ressalta²⁶¹ que em determinadas situações não há nenhum empecilho de ordem material ou econômica que se oponha à restituição da situação ao *status quo ante*, mas que tal solução poderia colidir com a necessidade de proteger a segurança das relações, ou mesmo de tutela a boa-fé das pessoas e salvaguardar as expectativas legítimas das partes envolvidas ou de eventuais terceiros atingidos.

Contudo, quando uma pessoa recebe um valor por erro da administração ou com base em provimento jurisdicional de natureza provisória, não pode esperar que tenha legítima expectativa de que pudesse ficar definitivamente com o numerário respectivo. Defender a situação inversa é privilegiar o enriquecimento sem causa à custa da coletividade e da própria finalidade do Estado na persecução do bem comum.

²⁶⁰ MONCADA, Luís Cabral de. *Boa fé e tutela da confiança no direito administrativo*, op. cit., p. 592.

²⁶¹ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*, op. cit., p. 474.

CONCLUSÕES

Ao se iniciar uma pesquisa, tem-se sempre uma ideia de por onde se pretende começar e qual o objetivo que se busca alcançar. No decorrer do trabalho, entretanto, surgem alguns problemas a serem resolvidos, como o de condensar o conhecimento produzido na matéria em momento anterior e o de concatenar o próprio pensamento do pesquisador, sobre o objeto do estudo, com o de diversas pessoas, de épocas distintas e origens muitas vezes diferentes, sendo esse o verdadeiro desafio do trabalho.

Como dito no introito, para efeito de organização, foi feita uma separação metodológica do trabalho em duas partes, onde se levou em consideração que na primeira delas seria feita uma análise prévia dos pilares que sustentam ou dos valores negativos que podem rejeitar a aplicação do princípio da boa-fé nos casos concretos. Seguindo essa linha, na segunda parte seria feito o estudo específico do problema posto em discussão (que dá o nome da pesquisa): a questão da devolução de salários ou proventos pagos de forma indevida pelo Estado, associada à aplicação do princípio da boa-fé.

Ao cabo da pesquisa, podemos enumerar as conclusões que podemos retirar do estudo, utilizando a separação realizada por partes e mediante a utilização da ordem em que as ideias objeto das conclusões aparecem nas entrelinhas ou mesmo de forma expressa nos diversos capítulos que compõem o presente trabalho, sendo então as mesmas a seguir relacionadas como resultado do trabalho dispendido na análise da matéria objeto da pesquisa:

1 – A boa-fé é um princípio geral de direito administrativo e como tal existe independentemente de sua previsão expressa em uma norma jurídica positiva, sendo aplicável tanto no âmbito das relações entre os particulares, onde opera a autonomia da vontade, como no seio das relações entre a Administração Pública e os particulares, onde vigora de forma mais forte a subordinação da atividade à lei.

Tanto os particulares quanto o próprio Estado e quaisquer entidades públicas, realizadores de qualquer função estatal estão sujeitos à observância do princípio da boa-fé. Não apenas a função administrativa, mas também a legislativa e jurisdicional, devem se pautar pelo princípio, uma vez que não faria sentido se exigir a observância por parte do

administrador e não cobrá-la dos responsáveis pela elaboração das leis e dos encarregados de resolver os conflitos por meio da função jurisdicional.

2 - Podemos concluir ainda que o princípio da boa-fé tem obtido positividade no texto constitucional de diversos países, como no caso português, que teve o mesmo inscrito na Carta constitucional quando da quarta revisão constitucional de 1997, que alterou o artigo 266.º, nº 2 da Constituição da República Portuguesa para incluir a previsão de sua aplicação do âmbito da Administração Pública.

O fato de o princípio não estar positivado na constituição não impede sua aplicação como regra de conduta vigente, como no caso brasileiro. A sua concretização, como princípio geral, nesse caso, será realizada mediante a conjugação de princípios expressos no texto constitucional e com os quais a boa-fé está relacionada, como o da segurança jurídica e da moralidade administrativa.

A inexistência de suporte constitucional específico, não cria empecilho à autonomização do princípio da boa-fé em relação aos demais princípios aos quais está diretamente relacionada e nos quais durante muito tempo buscou fundamento para integrar os ordenamentos jurídicos modernos, notadamente a segurança jurídica, justiça, legalidade e a moralidade administrativa.

3 – Não obstante a unidade ética e normativa que compõe o princípio da boa-fé, o mesmo pode ser analisado levando-se em consideração seu aspecto subjetivo e objetivo. Na primeira hipótese, ao analisamos o princípio tomando em consideração a sua faceta subjetiva, irá consistir as crenças internas, os conhecimentos ou desconhecimentos do agente, as suas convicções internas, ou seja, uma situação psicológica do agente que desconhece a situação lesiva a direito ou bem de outra pessoa. Na segunda situação, analisado sob o prisma da objetividade, irá conter uma obrigação de se comportar de forma honesta e leal, de acordo com aquela conduta que seria esperada de uma pessoa comum.

4 – O princípio da legalidade, tido como base do Estado Democrático de Direito e garantidor do princípio da igualdade, deve ser sempre observado pela administração pública e pelos particulares. Em qualquer caso, ambas as partes envolvidas nas relações jurídico-administrativas devem se pautar pela boa-fé, tanto antes, quanto durante ou após a realização das mesmas.

Contudo, o princípio da legalidade não é absoluto. Tal conclusão se pode chegar ao se analisar historicamente as atrocidades nazistas cometidas com base na aplicação do princípio e na necessidade de ponderação dos interesses em jogo. Em situações excepcionais e em casos concretos o princípio da legalidade pode ter de ceder diante de outro que tenha maior peso ou valor, consoante aplicação do princípio da proporcionalidade.

Quando duas regras se acham em situação conflitante, a solução para o problema de sua aplicação será dada no campo da validade da norma, segundo um dos critérios aplicáveis: hierárquico (*lex superior derogat legi inferiori*), cronológico (*lex posterior derogat legi priori*) e da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*).

Quando ocorre uma colisão entre princípios, a solução ocorre de forma diversa, de acordo com a dimensão do peso ou valor dos princípios envolvidos. Terão de ser feitas concessões recíprocas tentando preservar o núcleo de cada princípio, sendo que no limite, um deles terá de ceder de acordo com a situação concreta, sem que seja necessário que seja decretado como inválido ou que seja introduzida uma cláusula de exceção.

Não havendo uma ordem hierárquica preestabelecida de todos os bens e valores jurídicos em que se possa ler o resultado em uma tabela, a solução para a colisão de princípios deverá ser feita pelo método da ponderação, levando em consideração a situação concreta e mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade.

5 – No âmbito das relações entre os particulares e a Administração Pública, o princípio da boa-fé decorre da necessidade de propiciar um clima de confiança e previsibilidade da atuação estatal, sendo que sua utilização deve ser sempre conjugada com a aplicação dos princípios da legalidade, da justiça e da supremacia do interesse público.

Como já referido anteriormente, se de um lado a norma moral obriga a administração a atuar de forma previsível, com clareza das normas jurídicas, publicidade e transparência dos atos dos poderes públicos, também obriga os particulares, sejam eles servidores públicos ou não a atuar com observância do princípio da boa-fé objetiva, ou seja, segundo o padrão de atuação que era esperado para uma pessoa comum em situação semelhante.

6 - Se uma pessoa recebe, por erro de outra, algo que não lhe pertence, a norma da boa-fé objetiva determina que a coisa seja devolvida ao seu legítimo proprietário. Com mais razão subsistirá tal obrigação quando a pessoa proprietária do bem for o próprio Estado, como ente personificado que tem por finalidade a realização do bem comum, ocasião em que o princípio da boa-fé deve ainda receber modulação do princípio da supremacia do interesse público.

As regras brasileiras que determinam a devolução dos valores recebidos indevidamente por servidor público federal (art. 46, § 1º do REJU) e aposentados e pensionistas (art. 115, inciso II do RGPS) não podem ser desaplicadas ou invalidadas pela aplicação generalizada do princípio da boa-fé.

Somente situações excepcionais, pode ocorrer de tais regras não serem aplicadas, quando em jogo princípio que possa ter maior peso do que o princípio da legalidade e da supremacia do interesse público, ocasião em que deverá ser feita a ponderação dos valores envolvidos, fazendo concessões recíprocas, buscando preservar o núcleo de cada princípio, sendo que somente no limite é que as regras que determinam a devolução dos valores recebidos de forma indevida podem ser desaplicadas.

ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA

Acórdãos do Supremo Tribunal Federal

AI nº 841473 RG / RS, Plenário, rel. Min. Cezar Peluso, DJe 168 publicado em 01/09/2011;
AI-AgR nº 808263, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, DJe 178 publicado em 15/09/2011;
ARE ° 645042 AgR / RS, 2ª Turma, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 104 publicado em 29/05/2012;
AI-AgR nº 794759, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, DJe 088, publicado em 12/05/2011);
ADIn nº 675-4/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, dj. 20/06/1997, p. 28.467;
AI nº 501758/DF, rel. Min. Cezar Peluso, dj. 25/04/2005, p. 71.

Acórdãos do Superior Tribunal de Justiça

AgRg nos EREsp 993725 / RS, STJ, 3ª Seção, rel. Min. Felix Fischer, DJe 02/02/2009;
REsp 1244182 / PB, STJ, 1ª Seção, rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 19/10/2012;
AgRg no AREsp 172517 / SC, STJ, 1ª Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 14/11/2012;
AgRg no REsp 1360468 / PE, STJ, 2ª Turma, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 01/07/2013).

Acórdãos do Tribunal Regional Federal da 1ª Região

AG 200901000604359, e-DJF1 DATA:26/03/2013 p. 964;
AC 200538000077665, e-DJF1 17/08/2012 p. 333.

Acórdãos do Tribunal Regional Federal da 2ª Região

APELRE 201251010060224, E-DJF2R 29/05/2013

Acórdãos do Tribunal Regional Federal da 3ª Região

AC 00452084120124039999, e-DJF3 Judicial 1 de 03/07/2013;
APELREEX 00346464320114036301, e-DJF3 Judicial 1 de 14/12/2012.

Acórdãos do Tribunal Regional Federal da 4ª Região

AC 200871000274231, D.E. 01/03/2010;
AC 200971990059852, D.E. 24/02/2010.

Acórdãos do Tribunal Regional Federal da 5ª Região

REO 00064049120124058400, DJE 03/06/2013, p. 203;
AC 00038179620124058400, DJE 31/05/2013, p. 409.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert – *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. ISBN 9788574208725

ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de - *Direito Processual Civil*, 1ºv. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-4052-3

AMARAL, Diogo Freitas do – *Curso de direito administrativo*. 3ª ed., 1º v. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-2805-7

AMARAL, Diogo Freitas do – *Curso de direito administrativo*. 2ª ed., 2º v. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4407-1

AMARAL, Jorge Augusto Pais de - *Direito processual civil*, 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 9789724041568

BARROSO, Luís Roberto - *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*, in *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, nº 60, 2008, pp. 137-179.

BONAVIDES, Paulo – *Curso de direito constitucional*. 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004. ISBN 9788574206219

BUENO, Cássio Scarpinella - *O poder público em juízo*, 4ª ed, São Paulo: Saraiva, 2008. 9788502066816

CAETANO, Marcello - *Manual de Direito Administrativo*, 10ª ed, Coimbra: Almedina, 1991. ISBN 9724002888

CARVALHO FILHO, José dos Santos - *Manual de direito administrativo*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. ISBN 9788537507339

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel - *Teoria geral do processo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. ISBN 9788574207193

COLAÇO ANTUNES, Luís Filipe - *A teoria do acto e a justiça administrativa: o novo contrato natural*. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 9789724027869

COLAÇO ANTUNES, Luís Filipe - *A ciência jurídica administrativa*. Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4905-2

CORDEIRO, Antônio Menezes - *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-1011-3.

CORDEIRO, Antônio Menezes - *A boa-fé nos finais do século XX*. in Revista da Ordem dos Advogados Portugueses, Lisboa: ano 56, III, dez. 1996, pp. 887-912.

CRETELLA JÚNIOR, José - *Controle jurisdicional do ato administrativo*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993.

CUNHA, Paulo Ferreira da – *Direito Constitucional Geral*. Lisboa: Quid Jus, 2006. ISBN 978-792-72-4305-1

DIDIER JR. Fredie - *Curso de direito processual: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11ª ed., 1º v. Salvador: Jus Podivm, 2009. ISBN 857761163-9

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processo civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 4ª ed., 2º v. Salvador: Jus Podivm, 2009. ISBN 857761162-0

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN 9788502074095

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – *Direito Administrativo*, 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. ISBN 9788522469208

DWORKING, Ronald – *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ISBN 8533615132

FAGUNDES, Miguel Seabra – *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FIUZA, César – *Direito Civil: curso completo*, 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. ISBN 85-7308-633-5

GASPARINI, Diogenes – *Direito Administrativo*. 16º ed., São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN 9788502110229

GOMES CANOTILHO, J. J. - *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998. ISBN 972-40-1069-4

GONGALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, v. III: contratos e atos unilaterais, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN 978-85-07554-2

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. 45ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. ISBN 9788530930110

LARENZ, Karl - *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. José Lamago, 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997. ISBN 972-31-0770-8

LOPES, Pedro Moniz – *Princípio da boa fé e decisão administrativa: estrutura e operatividade na discricionariedade conferida por normas habitantes*. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4582-5

MARINELA, Fernanda – *Direito Administrativo*, 4ª edição, Niteroi: Impetus, 2010. ISBN 9788576264040

MARINONI, Luiz Guilherme – *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. ISBN 9788520336380

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz - *Curso de processo civil*, 3º v: execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. ISBN 978-85-203-3173-6

MAURER, Hartmut - *Direito administrativo geral*, tradução Luís Afonso Heck, Barueri: Manole, 2006. ISBN 9788520418680

MELLO, Celso Antônio Bandeira de – *Curso de direito administrativo*, 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. ISBN 9788574209340

MERUSI, Fabio - *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*. Milano: Giuffrè Editore, 2001. ISBN 88-14-09225-7

MIRANDA Jorge – *Manual de Direito Constitucional* – Tomo IV – Direito Fundamentais. 4ª ed. Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1613-4

MONCADA, Luís Cabral de - *Boa fé e tutela da confiança no direito administrativo*, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol. II, FDUL, Coimbra Editora, 2010, p. 573-611. ISBN 9780000017802

MONTESQUIEU. Charles de Secondat, Barão de - *O espírito das leis*, tradução Cristina Murachco, São Paulo: Martins Fontes, 2000. ISBN 85-336-0553-6

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. ISBN 857525213-5

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1833-6

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Lisboa: Editora Almedina, 2003. 978-972-40-1953-6

PÉREZ, Jesús Gonzáles. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 5ª ed, Madri: Civitas, 2009. ISBN 978-84-470-3194-8

SILVA, José Afonso da – *Curso de direito constitucional positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. ISBN 85-7420-686-5

SILVA, Lucinda D. Dias da - *Processo cautelar comum, Princípio do Contraditório e Dispensa de Audição Prévia do Requerido*, Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1719-3

STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, volume IV, tomo 1: contratos, 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN 978-85-02-07493-4

VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*. 10ª. ed. Coimbra: Almedina, v. I, 2000. ISBN 978-972-40-1389-3

MACHADO, Hugo de Brito – *Curso de direito tributário*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. ISBN 85-7420-380-7

PIRES, Manuel ; PIRES, Rita Calçada– *Direito fiscal*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2010. 978-972-40-4204-6